كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي
المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

الجزء الثامن
١٥-١٦

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

كتاب
المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le

هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣

فاكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢/٠٠ - ٦٠٢١٣٣/٩٦١١/٠٠

كتاب
المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيبانى * حرر فيها المذهب النعمانى
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافى * للحاكم الشهيد فهو الكافى
أقوى شروحه الذى كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسى

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء الخامس عشر

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب القسمة

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء القسمة من الحقوق اللازمة في المحل المحتمل لها عند طلب بعض الشركاء وجوازها بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والسنة ما اشتهر من قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم الغنائم بين الصحابة رضوان الله عليهم وقسمة المواريث وغير ذلك والناس يتعاملون من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وانما تجب بعد طلب بعض الشركاء لان كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته الى ذلك وفي القسمة شيئان المعادلة في المنفعة وتمييز نصيب أحدهما من نصيب الآخر وهي تتنوع نوعين أحدهما تمييز محض وهو القسمة في المكيلات والموزونات ولهذا ينفرد بعض الشركاء حتى أن المكيل والموزون من جنس واحد اذا كان مشتركا بين اثنين وأحدهما غائب كان للحاضر أن يتناول من ذلك من مقدار نصيبه وبعد ما اقتسما نصيب كل واحد منهما عين ما كان مملوكا له قبل القسمة ولهذا يبيعه مرابحة على نصف الثمن ونوع هو تمييز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب والحيوانات فانما يتميز عند اتحاد الجنس وتقارب المنفعة ولهذا يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء وفيها معنى المبادلة على معنى أن ما يصيب كل واحد منهما مما يصفه كان مملوكا له ونصفه عوض عما أخذه صاحبه من نصيبه ولهذا لا ينفرد به أحد الشريكين ولا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة اذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بحديث يسير بن يسار عن رسول الله صلى الله عليه أنه قسم خيبر على ستة وثلاثين سهما جمع ثمانية عشر للمسلمين وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم معهم وثمانية عشر سهما فيها أرزاق أزواج رسول الله

صلى الله عليه وسلم ونوائبه واعلم أن خيبر كانت ستة حصون الشق والنطاة والكتيبة والسلاليم والقموص والوطيخة الا أن الاموال والمزارع كانت في ثلاثة حصون منها والنسق والنطاة والكتيبة وقد افتتح بعض الحصون منها عنوة وقهرا وبعضها صلحا على ما روى ان كنانة من أبي الحقيق مع قومه صالح على النزول وذلك معروف في المغازي فما افتتح منها كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصا فانهم انما خرجوا لما وقع في قلوبهم من الرعب وقد خص الله سبحانه وتعالى رسوله صلى الله عليه وسلم بالنصرة بالقاء الرعب في قلوب أعدائه قال صلى الله عليه وسلم نصرت بالرعب مسيرة شهر والى ذلك أشار الله تعالى في قوله وما أفاء الله على رسوله منهم الى قوله ولكن الله يسلط رسله على من يشاء فجمع رسول الله صلى عليه وسلم تلك الحصة مع الخمس في الشطر وقسم الشطر بين الغانمين وقد فسر ذلك محمد بن اسحاق والكلبي على ما ذكر بعد هذا عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم خيبر على ثمانية عشر سهما جميعا وكانت الرجال ألفا وربعمائة والخيل مائتي فرس وكان على كل مائة رجل فكان على رضى الله عنه على مائة وكان عبيد السهام على مائة وكان عاصم بن عدى رضى الله عنه على مائة وكان القاسم في النسق والنطاة وكانت النسق ثلاثة عشر سهما والنطاة خمسة أسهم وكانت الكتيبة فيها خمس الله وطعام أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعطاياه وكان أول سهم خرج من النسق سهم عاصم رضي الله عنه وفيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث الي آخره فهذا الحديث يبين معنى الحديث الاول ففي الحديث الاول ذكر الشطرين وأن أصل القسمة كانت على ستة وثلاثين سهما وفي الحديث الآخر ذكر مقدار ماقسم بين الغانمين انه قسم على ثمانية عشر سهما وفيه دليل على أن للإمام في المغانم قسمين قسمة على العرفاء وأصحاب الرايات وقسمة أخرى على الرؤس الذين هم تحت كل راية وانما يفعل ذلك لان اعتبار المعادلة بهذا الطريق أيسر فانه لو قسم ابتداء على الرؤس ربما يتعذر عليه اعتبار المعادلة ثم لم يجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باسم نفسه سهما ولكن كان سهمه مع سهم بن عاصم ابن عدى رضي الله عنه فقيل أنه تواضع بذلك وقيل انما فعل ذلك لانه ماكان يساوى اسمه اسم في المزاحمه عند خروج القرعة ولهذا خرج سهم عاصم بن عدي رضى الله عنه أولا لان فيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا أولى مما يقوله بعض مشايخنا أن العرافة مذمومة في الجملة فيتحرز من ذلك فان في الجهاد وقسمة الغنائم العرافة غير مذمومة (ألا ترى) انه

اختار لذلك الكبار من الصحابة كعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم ثم بظاهر الحديث استدل أبو يوسف ومحمد فى أن سهم الفرس ضعف سهم الرجل لانه قال وكانت الرجال ألفا وربعمائة والخيل ربعمائة فرس فعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم وعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم ولكل مائه من الخيل سهمان ولكن أبو حنيفة يقول المراد بالرجال الرجالة قال الله تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر والمراد بالخيل الفرسان يقال غارت الخيل قال الله وأجلب عليهم بخيلك ورجلك أى بفرسانك ورجالتك فهذا يتبين أن الرجال كانوا ألفا وستمائة وانه أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وفيه دليل انه لا بأس باستعمال القرعة فى القسمة فقد استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك في قسمة الغنيمة مع نهيه صلوات الله عليه عن القمار فدل ان استعماله ليس من القمار وذكر عن مسروق رحمه الله انه لم يأخذ عن القضاء رزقا ففيه دليل أنه من ابتلى بالقضاء وكان صاحب يسار فالاولى له أن يحتسب ولا يأخذ كفايته من مال بيت المال وان كان لو أخذ جاز له وبيانه بما روى عن عمر رضى الله عنه فيه قال ما أحب أن يأخذ قاضى المسلمين أجرا ولا الذى على الغنائم ولا الذى على المقاسم ولم يرد به حقيقة الاجر فالاستئجار علي القضاء لا يجوز ولا يستوجب الاجر علي القضاء وان شرط ولكن مراده الكفالة التى يأخذها القاضى من بيت المال فالمستحب له عند الاستغناء أن لا يأخذ ذلك قال الله تعالي ومن كان غنيا فليستعفف وقد بينا الكلام فى هذا الفصل فيما أمليناه من شرح أدب القاضى والذى على الغنائم يحفظها والذي على المقاسم من وجه كالقاضي لانه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضى فى الحكم حتى يجوز استئجاره على ذلك ان لم يكن له فيه نصيب وتأويل الحديث اذا كان له نصيب فى ذلك فاستئجار أحد الشركاء على العمل في المال المشترك لا يجوز كما لا يجوز استئجار القاضي على القضاء ذكر عن يحيي بن جزار ان عبد الله بن يحيي كان يقسم لعلى رضى الله عنه الدور والارضين ويأخذ على ذلك الاجر وقد بينا فوائد هذا الحديث في أدب القاضى وجواز الاستئجار لعمل القسمة بخلاف عمل القضاء وعن عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضي الله عنه الى اليمين فاتى بركاز فأخذ منه الخمس وترك أربعة أخماسه للواجد وأتاه ثلاثة يدعون غلاما كل واحد يقول ابنى فاقرع بينهم وقضى بالغلام للذى خرجت قرعته وجعل عليه الدية لصاحبيه قال الراوى فقلت لعامر هل رفع عنه بحصته قال لا أدرى أما حكم الخمس فى الركاز فقد بيناه

في كتاب الزكاة وأما حكم القرعة فالشافعي رحمه الله يستدل بظاهر هذا الحديث في المصير
الى القرعة في دعوى النسب عند الاشتباه ولسنا نأخذ بذلك ان فعله هذا كان بعد حرمة القمار
أم قبله وانه عرض ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرضي به أولم يرض عليه ثم لعل
القضاء له بحجة أقامها وكان استعماله القرعة ليطيب القلوب وانما رجحه في القضاء لترجيح في
حجته من يد أو غيره وقوله نقضي للذى خرجت قرعته مذكور على سبيل التعريف لالأن
الاستحقاق كان بالقرعة كما يقال قضى القاضي لصاحب الطيلسان وماذكر في آخره من انه
جعل عليه الدية لصاحبيه مشكل لا يتضح فالحى الحر لا يتقوم بالدية وان كان هذا الغلام
مملوكا لهم أومن جارية مشتركة بينهم فاقرار كل واحد منهم أنه ابنه يوجب حرية نصيبه
ويسقط حقه في التضمين وكذلك ما أشكل على السائل حيث قال هل رفع عنه بحصته فان
الدية اسم يجمع بدل النفس وقد كان في ذلك حصة الذي قرع فلا بد من أن يرفع عنه بحصته
في الموضع الذى يجب كاحد الشركاء في العبد اذا قبله الا أن عامر لم يحارف ألم يرد ما سمع فقال
لا أدوى فكأنه لم يتكلف لذلك لعمله ان هذا ليس بحكم مأخوذ به فبهذا يتبين ضعف هذا
الحديث في استعمال القرعة في النسب وعن إسماعيل بن ابراهيم قال خاصمت أخى الى الشعبي
في دار صغيرة أريد قسمتها ويأبى ذلك فقال الشعبي رضى الله عنه لو كانت مثل هذه خط بيده
مقدار آجرة قسمتها بينكم فقال وخطها على أربع قطع وفيه دليل على أن القاضي يقسم المشترك
عند طلب بعض الشركاء وان أبى ذلك بعضهم لان الذى طلب القسمة متظلم من صاحبه أنه
يشفع بملكه ولا ينصفه في الانتفاع والذي يتعنت وانما يبنى القاضي قضاءه على التماس المتظلم
الطالب للانصاف دون المتعنت ولهذا لا تجب القسمة فيما لا يحتملها عند طلب بعض الشركاء
لان الطالب هنا متعنة فانه قبل القسمة ينتفع بنصيبه وبالقسمة تنقطع عنه المنفعة وأما قول الشعبي
في مقدار آجرة خطها على الارض قسمتها بينكم على وجه التمثيل دون التحقيق للمبالغة في دار
الذى يأتى القسمة منهما فيما يحتمل لان مقدا الآجرة يحتمل القسمة وهو نظير قوله صلى
الله عليه وسلم من بنى مسجدا لله كمفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة والمسجد لا يكون كمفحص
القطاة وانما قال ذلك للمبالغة في بيان الميل وقال أبو حنيفة رحمه الله أجرة القسام اذا استأجره
الشركاء للقسمة بينهم على عدد الرؤس لا على مقدار الانصباء وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي
رحمهم الله على مقدار الانصباء ويستوي في ذلك قاسم القاضي وغيره وهو رواية عن أبي

حنيفة رحمه الله وجه قولهم أن هذه مؤنة تلحق الشركاء بسبب الملك فيكون بينهم على وجه النفقة على قدر الملك كالنفقة وأجرة الكيال والوزان ان استأجروه ليفصل ذلك فيما هو مشترك بينهم وهذا لان المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكبير أكبر من منفعة نصيب صاحب القليل أولان الغرم مقابل بالغنم ثم الغنم بين الشركاء على قدر الملك يعنى الثمار والاولاد فكذلك الغرم عليهم بقدر الملك ولابى حنيفة رضى الله عنه أن عمله لهم سواء وانما يستحق الاجر بذلك فيكون الأجر عليهم بالتسوية كما اذا استوت الانصباء وبيان الوصف أن القسام لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشى على الحدود فانه لو استعان فى ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فعرفنا أنه لا يستوجب الاجر بالقسمة وهى تمييز نصيب كل واحد منهم ولا تفاوت بينهم فى ذلك فكما يميز نصيب صاحب الكبير بعمله عن نصيب صاحب القليل يميز نصيب صاحب القليل عن نصيب صاحب الكبير وربما يكون عمله فى نصيب صاحب القليل أكبر والحساب لا يدق اذا استوت الانصباء وانما يدق عند تفاوت الانصباء وتزداد دقته بقلة بعض الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أسوأ من تمييز نصيب صاحب الكبير ولكن لا يعتبر ذلك لان التمييز حصل بعمل واحد وهما فى ذلك العمل سواء بخلاف الزوائد فانها تتولد من الملك فانما تتولد بقدر الملك وبخلاف النفقة فانها لابقاء الملك وحاجة الكبير الى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل ولا معنى لما قال أن منفعة صاحب الكثير هنا أكثر لان ذلك لكثرة نصيبه لا للعمل الذي استوجب الاجر به فاما أجر الكيال والوزان فقد قال بعض مشايخنا هو على الخلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيال والوزان بمنزلة القسام والاصح أن أبا حنيفة رضى الله عنه يفرق بينهما فنقول هنا انما لا يستوجب الأجر بعمله فى الكيل والوزن ألا ترى أنه لو استعان فى ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله فى ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله فى ذلك لصاحب الكثير أكثر فكل عاقل يعرف أن كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة أقفزة فلهذا كانت الاجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام فذكر أن الاولى أن يجعل لقاسم الارضين رزقا من بيت المال حتى لا يأخذ من الناس شيئا وان لم يجعل رزقا له وقسم بالاجر فهو جائز لان القسمة ليست كعمل القضاء فالقضاء فرض هو عبادة والقاضى فى ذلك نائب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والقسمة

ليست من ذلك في شيء ولكنها تتصل بالقضاء لان تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فمن هذا الوجه القسام نائب عن القاضي فالأولى أن يجعل كفايته في مال بيت المال ومن حيث ان عمله ليس من القضاء في شيء يجوز له أخذ الاجر على ذلك والقسام بمنزلة الكاتب للقاضي في ذلك وقد قررنا هذا في أدب القاضي وكذلك ماذكر بعده من حديث شريح رحمه الله ومالي لا أرتزق استوفي منهم وأوفيهم أصبر لهم نفسي في المجلس وأعدل بينهم في القضاء فقد بينا ان شريحا رحمه الله كان يأخذ كفايته من بيت المال على ماروى ان عمر رضي الله عنه كان يرزقه مائة درهم على القضاء فزاده على رضى الله عنه وذلك لكثرة عياله حتى جعل له في كل شهر خمسمائة درهم ولعل عاتبه بعض أصدقائه على أخذ الاجر وقال له احتسب فقال شريح في جوابه ما قال ومراده انى فرغت نفسي عن أشغالي لعمل المسلمين فآخذ كفايتي من مال المسلمين وكأنه بهذا الكلام أشار الى الاستدلال بما جعل الله تعالى من النصيب في الصدقات للعاملين عليها فانهم لما فرغوا أنفسهم لعمل الفقراء استحقوا الكفاية في مال الفقراء وذكر عن محمد بن اسحق والكلبي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سافر أقرع بين نسائه قالت عائشة رضى الله عنها فاصابتني القرعة في السفرة التى أصابني فيها ما أصابني تريد به حديث الافك واعلم بان المرأة لاحق لها في القسم عند سفر الزوج فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يسافر بواحدة منهن وأن يسافر بمن شاء منهن من غير قرعة ولكنه كان يقرع بينهن تطييبا لقلوبهن فاستعمال القرعة في مثل هذا الموضع جائز عند العلماء أجمع رحمهم الله وبهذا الحديث قلنا اذا تزوج أربع نسوة فله أن يقرع بينهن لابدائه بالقسم لان له أن يبدأ بمن شاء منهن فيقرع بينهن تطييبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وانما أورد الحديث للحكم المذكور بعده أنه لا بأس للقسام أن يستعمل القرعة في القسمة بين الشركاء قاسم القاضي وغيره في ذلك سواء وهو استحسان وفي القياس هذا لا يستقيم لانه في معنى القمار فانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمال القرعة في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق ثم هذا في معنى الاستقسام بالازلام الذى كان بعادة أهل الجاهلية وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على ذلك انه رجس وفسق ولكنا تركنا بالسنة والتعامل الظاهر فيه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر ثم هذا ليس في معنى القمار فني القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا

الموضع أصل الاستحقاق بكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة ثم القاسم لو قال عدلت أنا في القسمة نخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل هذا القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وهذا لانه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب الى مالا يليق بالانبياء عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم عليها السلام الى نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم لان خالتها كانت تحته ولكن استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ثم ان كان القاضي هو الذي يقسم بالقرعة أو نائبه فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت الى إباء بعض الشركاء قبل خروج القرعة وان كان القاسم يقسم بينهم بالتراضي فرجع بعضهم بعد خروج بعض السهام كان له ذلك الا اذا خرجت السهام كلها الا واحدا لان التميز هنا يعتمد التراضي بينهم فلكل واحد منهم أن يرجع قبل أن يتم وبخروج بعض السهام لا يتم فكان هذا كالرجوع عن الايجاب قبل قبول المشترى فاما اذا خرج جميع السهام الا واحدا فقد تمت القسمة لان نصيب ذلك الواحد تعين خرج أو لم يخرج فلا يملك بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة ☼ دار بين ورثة اقتسموها وفضلوا بعضا على بعض بفضل قيمة البناء على بعض بفضل قيمة البناء والموضع فهو جائز لانه يعتبر في القسمة المعادلة في المالية والمنفعة ولا يتأتى ذلك في المساواة في الزرع والبناء يكون في جانب دون جانب وبعض العرصة تكون أفضل قيمة من البعض وأكثر منفعة فان مقدم الدار يرغب فيه مالا يرغب في مؤخره وفي اعتبار هذه المعادلة لا بد من تفضيل البعض على البعض في المساحة وان قتسموا الارض مساحة والبناء والقيمة قيمة بقيمة عدل فهو جائز عند التراضى لا يشكل وكذلك اذا قضي القاضي به لان المعادلة في الارض باعتبار المساحة تتسر وقد يتعذر ذلك في البناء لما بين الابنية من التفاوت العظيم في القيمة فقسمة البناء بالتقديم تكون أعدل واذا جاز قسمة الكل باعتبار القيمة فقسمة البعض كذلك وان كان البناء حين اقتسموا الارض غير معروف القسمة فهذا في القياس لا يكون لان البناء والارض تتناولهما قسمة واحدة واذا لم تعرف قيمة البناء فقد تعذر تصحيح القسمة في البناء للجهالة فلا تصح القسمة في الارض أيضا كما هو الاصل في العقد

الواحد اذا فسد في بعض المعقود عليه فسد فى الكل ولكنا استحسنا وجوزنا هذا لمعنيين (أحدهما) أنهم ميزوا البناء عن الارض في هذه القسمة حين خالفوا بينهما فى طريق القسمة فاعتبروا فى الارض المعادلة فى المساحة وفى البناء المعادلة في القيمة فصار بمنزلة أرضين يقسم كل واحدة منهما قسمة على حدة وفى ذلك تصح القسمة فى احديهما قبل ظهور المساحة فى الاخرى فكذلك هنا تجوز القسمة فى الارض قبل أن يظهر قيمة البناء (والثانى) أن حكم القسمة فى الارض لا يتم بالمساحة ولكن يتوقف تمام القسمه فيها على معرفة قيمة البناء وقسمتها بالقيمة لا تتم القسمة الا بعد ظهور المعادلة فى الكل ومعرفة كل واحد من الشركاء نصيبه وانما يعتبر حال تمام العقد واذا كان يتم في المعلوم لم تضرهم الجهالة في الابتداء كما لو اشترى أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء ويسمى لكل واحد ثمنا واذا كانت الدار ميراثا بين قوم حضور كبار تصادقوا عند القاضي عليها وأرادوا القسمة بها فان فعلوا ذلك عن تراضى منهم لم يمنعهم القاضى من ذلك لان هذا تصرف منهم فيما بقى فى أيديهم بطريق مشروع ولو تصرفوا فى ذلك ببيع أو هبة لم يمنعوا منه فكذلك بالقسمة وان سألوا القاضى أن يقسمها بينهم فان أبا حنيفة قال القاضى لا يقسم العقار بينهم باقرارهم حتى تقوم البينة على أصل الميراث وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويشهد أنه قسمها باقرارهم وقضى بذلك عليهم دون غيرهم لان اليد فيها لهم ومن فى يده شيء فقوله مقبول فيه مالم يحضر خصم ينازعه فى ذلك وليس هنا خصم ينازعهم فلا حاجة لهم الى اقامة البينة لاثبات ملكهم فيها واذا كان الملك ثابتا لهم بقولهم انما سألوا القاضى أن يقسم بينهم ملكهم فعليه أن يجيبهم الى ذلك كما لو زعموا أن الدار مملوكة لهم ولم يذكروا ميراثا ولا غيره وسألوه أن يقسمها بينهم قسمهم القاضى بطلبهم وأشهدوا أنه قضي بذلك عليهم دون غيرهم نظرا منه لغائب عسي يحضر فيدعى لنفسه فيها حقا فكذلك هنا والدليل عليه انه لو كانت فى أيديهم عروض أو منقول سوى العقار فاقروا انها ميراث بينهم وطلبوا قسمتها قسمها القاضي باقرارهم واشهد على انه قسمها باقرارهم لاعتبار يدهم فكذلك فى العقار لان اليد تثبت على العقار كما تثبت على المنقول وكذلك لو كان فى أيديهم دار فاقروا أنها دارهم اشتروها من فلان الغائب وسألوا القاضى قسمتها أجابهم القاضي الى ذلك بهذا الطريق فكذلك فى الميراث اذ لا فرق بينهما لانهم فى الموضعين أقروا بأصل الملك لغيرهم ثم أخبروا بانتقال الملك اليهم بسبب محتمل مشروع فاذا جاز له أن يعتمد القسمة

على قولهم فكذلك في الشراء وكذلك في الميراث ولابى حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما على قولهم في أن قضاء القاضى هنا يتناول الميت ويصير هو مقضيا عليه بقسمة القاضى وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد لهم من اقامة البينة ليثبت بها حجة القضاء على الميت وبيانه من وجهين (أحدهما) أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ان حقه يثبت في الزوائد التي تحدث حتى يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان فيه قضاء على الميت يقطع حقه (والثانى) ان القاضى يثبت له الولاية على الميت فى تركته فيما يرجع الى النظر وينفذ تصرفه اليه اذا كان فيه نظر للميت فهم يخبرون القاضي بثبوت ولايته على الميت ليلزم الميت قضاؤه فيما يرجع الى النظر وذلك أمر وراء مافي أيديهم فلا يكون قولهم فى ذلك حجة فيكلفهم اقامة البينة على ذلك وتقبل هذه البينة من غير خصم لانها تقوم لاثبات ولاية النظر للقاضى في حق من هو عاجز عن النظر لنفسه وهذا بخلاف ما اذا اقتسموا بانفسهم لان فعلهم لا يلزم الميت شيئا وبخلاف العروض لان معنى النظر للميت هناك فى القسمة من وجهين (أحدهما) أن العروض يخشي عليها التوى والتلف وفي القسمة تحصين وحفظا لها فاما العقار محصنة بنفسها لا يخشى عليها التلف ففى القسمة قضاء على الميت يقطع حقه عنها (والثانى) ان في العروض ما يأخذه كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونا عليه بالقبض فى حق غيرهم ففى جعل ذلك مضمونا عليهم معنى النظر للميت وذلك لا يوجد فى العقار فانها لا تصير مضمونة على من أثبت يده فيها عند أبى حنيفة رحمه الله وهذا بخلاف ما زعموا انها مملوكة لهم لان القضاء بالقسمة هناك لا يقتصر عليهم ولا يتعدى الى غيرهم اذ لم يثبت فيها أصل الملك لغيرهم فاما في الشراء فقد روي عن أبى حنيفة رحمه الله فى غير الاصول أن القاضي لا يقسمها بينهم وسوى بين الشراء والميراث ولكن على هذا الطريق نسلم كما هو ظاهر الرواية فنقول قضاؤه بالقسمه فى المشتري لا يتضمن قطع حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع بخلاف الميراث ولانه لا يثبت للقاضي الولاية على الغائب بالتصرف فى أمواله فهم ما أخبروا القاضي بثبوت ولايته على البائع الغائب بخلاف الميراث على ما قررنا والطريق الآخر لابى حنيفة أنه لا يتمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضى بموت المورث ويتعلق بموته أحكام غير مقصودة على ما فى أيديهم من وقوع التفريق بينه وبين زوجته وعتق أمهات أولاده ومدبراته وحلول آجاله وقولهم ليس بحجة فى شئ

من ذلك فلا يشتغل القاضي بالقسمة حتى تقوم البينة عنده على الموت وأصل الميراث بخلاف العروض فالقسمة فيها للتحصين لا لتحصيل الملك (ألا ترى) ان القسمة فى العروض تجرى بين المودعين للحفظ فلا يتضمن القضاء بموته فاما فى العقار القسمة لتحصيل الملك ولا يكون ذلك الا بعد القضاء بموته وعلى هذا الطريق يأخذ فى مسئلة الشراء برواية النوادر لانه لا يتمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضى بالبيع وزوال ملك البائع وقولهم ليس بحجة عليه ولئن سلمنا فنقول الحكم المتعلق بالبيع هناك مقصود على ما في أيديهم فيستقيم أن يجعل ذلك ثابتا فى حقهم باقرارهم بخلاف الميراث واذا كان في الورثة صغير أو كبير غائب والدار فى أيدى الكبار الحضور فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسمها القاضى بينهم حتى تقوم البينة على أصول المواريث لانها لما لم يقسم فى الفصل الاول مع أن الورثة كلهم كبار حضور ففى هذا الفصل أولى أن لا يقسم لان فى قسمته قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعلى قول أبي يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد أنه قسمها باقرار الحضور الكبار وان الغائب والصغير على حجتهما كما فى الفصل الاول لان الدار كلها فى يد الكبار الحضور وليس فى هذه القسمة قضاء على الصغير والغائب باخراج شيء من يدهما بل فيها نظر لهما بظهور نصيبهما مما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب والصغير وكان هذا محض نظر فى حق الغائب والصغير وللقاضى هذه الولاية وان كان شيء من العقار فى يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وكذلك ان كان الكبير أودع ما كان فى يده منها رجلا حين غاب لان المودع أمين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضي أن يقضي على الغائب بحضور أمينه فلهذا لا يقسم حتى تقوم البينة فاذا قامت البينة قبلها القاضى لانها تقوم لاثبات ولاية القاضى فى تركة الميت ولان الورثة يخلفون الميت فى الميراث فينتصبون خصما عنه وينتصب بعضهم خصما عن بعض فقل ما تخلو تركة عن هذا فان الورثة يكثرون وقل ما يحضرون فلو لم يقبل القاضى البينة ولم يقسمها لمكان غائب أو صغير أدى الى الضرر والضرر مدفوع وكذلك اذا حضر القاضي اثنان من الورثة والعقار فى أيديهما وأقاما البينة على أصل الميراث فان القاضي يقسمها بينهم ويوكل بنصيب الغائب والصغير من يحفظه لانه يجعل أحد الحاضرين خصما عن الميت وعن الصغير والغائب والآخر خصما عن نفسه

فيتمكن من قبول هذه البينة والعمل بها بحضور مدع ومدعى عليه واذا كان الحاضر واحدا لم يقسمها القاضي ولم يقبل منه البينة لانه ليس معه خصم فان الحاضر لوكان خصما عن نفسه فليس هنا خصما عن الميت وعن الغائب وان كان هـذا الحاضر خصما عنهما فليس هنا من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة عليه بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين من الورثة والثانى أن الحاضر اذا كان واحدا فهو غير متظلم فى طلب القسمة ولا طالب للانصاف اذ ليس معه من ينتفع بملكه حتى يقول للقاضى أقسمها بيننا لكيلا ينتفع بملكى غيرى فاذا حضر اثنان فكل واحد منهما يطلب القسمة ليسأل القاضى أن يمنع صاحبه من الانتفاع بنصيبه وذلك مستقيم وان كان فيهم خصم صغير جعل له القاضي وصيا لان للقاضى ولاية النظر للصبي في نصيب الوصي ووصى الصغير قائم مقام الصغير فكأنه بالغ حاضر فتقبل البينة حينئذ ويأمر بالقسمة باعتبار أنه يجعل احدهما مدعيا والآخر مدعى عليه واحدهما خصما عن نفسه والآخر عن الميت والغائب وان كان العقار شراء بينهم ومنهم غائب لم أقسمها بينهم وان أقاموا البينة على الشراء حتى يحضر الغائب لان فى الميراث انما قسمها عند حضور جماعة منهم لتعذر اشتراط حضورهم عند القسمة بطريق العادة وهذا لا يوجد فى الشراء فقد كانوا حاضرين عند الشراء فتيسر اشتراط حضورهم عند القسمة أيضا ولان الحاضر من المشترين لا ينتصب خصما عن الغائب لان النائب بالشراء لكل واحد منهم ملك جديد بسبب باشره فى نصيبه ولا يجوز القضاء على الغائب بالبينة اذا لم يكن عنه خصم حاضر فاما فى الميراث لا يثبت للورثة ملك متجدد بسبب حادث وانما ينسب اليهم ما كان من الملك للمورث بطريق الخلافة ولهذا يثبت لهم حق الرد بالعيب على بائع المورث ويصح اقالتهم معه فيستقيم أن يجعل بعضهم خصما عن البعض فى ذلك لاتحاد السبب فى حقهم وهو الخلافة عن الميت واذا كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب وبعضهم شاهد فاراد الموصي له بالثلث القسمة وأقام البينة على المواريث والوصية فان الدار تقسم على ذلك لان من حضر من الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة فتقبل بينة الموصى له بذلك عليهم واذا قبلت بينته قسمت الدار بينهم على ذلك ولو أن بيتا فى دار بين رجلين أراد أحدهما قسمته وامتنع الآخر وهو صغير لا ينتفع واحد منهما بنصيبه اذا قسم لم يقسمه القاضى بينهما لان الطالب للقسمة بينهما متعنت فان قبل القسمة يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة يفوت ذلك فالطالب

منهما انما يقصد التعنت والاضرار بشريكه فلا يجيبه القاضى الى ذلك وكذلك لا يقسم الحائط والحمام بين رجلين لان فى قسمته ضررا والمقصود بالقسمة اتصال منفعة الملك الى كل واحد من الشركاء وفى الحائط والحمام تفوت المنفعة بالقسمة لان كل واحد منهما لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة كما كان ينتفع قبل القسمة فلا يقسمه القاضى بينهم لانه لا يشتغل لما لا يفيد ولا بما فيه اضرار ولو اقتسموا بينهم بالتراضى لم يمنعهم من ذلك لانهم لو أقدموا على اتلاف الملك لم يمنعهم من ذلك فى الحكم فكذلك اذا تراضوا القسمة فيما بينهم فان كانت دار بين رجلين ولاحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به اذا قسم فاراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وان أبى ذلك صاحب القليل عندنا (وقال) ابن أبى ليلى رحمه الله لا يقسمها وكذلك ان كان سائر الشركاء لا ينتفعون بانصبائهم الا هذا الواحد الطالب للقسمة فانه يقسمها بينهم وان كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها اذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله لا يقسمها عند اباء بعضهم الا اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة لان المقصود بالقسمة تحصيل المنفعة لا تفويتها والمعتبر فى القسمة المعادلة بين الشركاء فى المنفعة فاذا كان بعضهم لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة فهذه قسمة تقع على ضرر والقاضى لا يجبر الشركاء على مثله كما لو كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة ولنا أن الطالب للقسمة يطلب الانصاف من القاضى ولا يتعنت لانه يطلب منه أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب للانصاف فعلى القاضى أن يجيبه الى ذلك بخلاف ما اذا كان الطالب للقسمة من لا ينتفع بنصيبه لانه متعنت فى طلب القسمة والقاضى يجيب المتعنت بالرد يوضحه أن بعد القسمة وان تعذر على صاحب القليل الانتفاع بنصيبه فذلك لقلة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الاكبر وذلك لا يعتبر فى حق صاحب الكبير فيصير هذا فى حقه وما اذا كان كل واحد منهما ينتفع بنصيبه بعد القسمة سواء والحاكم فى المختصر (قال) اذا كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمتها أيهما طلب القسمة وهذا غير صحيح والصحيح أنه انما يقسم اذا طلب ذلك صاحب الكبير خاصة ومنهم من صحح ماذكره الحاكم رحمه الله وقال صاحب القليل رضي بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكبير منتفع بالقسمة فيقسمه القاضي بينهم لهذا ولكن الاول أصح لان رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلبه الانصاف من القاضى واتصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل

*ألا ترى أن كل واحد منهما اذا كان بحيث لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة من القاضي لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة والرجال والنساء والحر والمملوك وأهل الاسلام وأهل الذمة فى القسمة سواء لانها من حقوق الملك والمقصود التوصل بها الى منفعة الملك وهم فى ذلك سواء واذ اقتسم الرجلان دارا ورفعا بينهما طريقا فهو جائز لانهما قسما بعض المشترك وبقيا شركتهما فى البعض وهو موضع الطريق فيجوز ذلك اعتبارا للبعض بالكل ولان المقصود بالقسمة أن ينتفع كل واحد منهما بنصيبه وانما يتم ذلك اذا رفعا طريقا بينهما وما يرجع الى تتميم المقصود بالقسمة لا يكون مانعا صحتها وان كان نصيب احدهما أكثر من نصيب الاخر ينبغى أن يبين ذلك فى كتاب القسمة ويذكر كيف الطريق بينهما لانه بقى فى موضع الطريق ما كان لهما من الشركة فى جميع الدار وقد كانت شركتهما فيها على التفاوت فانما يحصل التوثق أن يبين ذلك في كتاب القسمة لانهما اذا لم يبينا ذلك فربما يدعي صاحب الاقل المساواة بينهما فى رقبة الطريق ويحتج علي ذلك بأنه مساو فى استعماله بالتطرق فيه وانما يكتب الكتاب بينهما للتوثق فينبغى أن يكتب علي وجه يحصل به معنى التوثق لهما واذا كانت الدار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت فى الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ويسيل ماءه فى ذلك فاراد أن يمر فى الصفة علي حاله ويسيل ماءه على ما كان فليس له ذلك سواء اشترط كل واحد منهما أن له ما أصابه بكل حق له أو لم يشترط ذلك والقسمة في هذا بخلاف البيع فانه لو باع البيت وذكر فى البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق ومسيل الماء وان لم يذكر الحقوق والفرق أن المقصود بالبيع ايجاب الملك وقصد المشترى أن يتمكن من الانتفاع وذلك انما يتم بالطريق والمسيل لا أن ذلك خارج من الحدود فلا يدخل في البيع بمطلق التسمية للبيت الا بذكر الحقوق والمرافق فالمقصود بالقسمة تمييز أحد الملكين من الآخر وان يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يشاركه الاخر فيه وانما يتم هذا المقصود اذا لم يدخل الطريق والمسيل لتمييز نصيب أحدهما عن الآخر من كل وجه فلهذا لا يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق توضيح الفرق أن المقصود بالبيع الاسترباح وذلك باعتبار المالية والمالية تختلف بدخول الطريق والمسيل فى البيع

فعند ذكر الحقوق والمرافق عرفنا أنهما قصدا ذلك فاما فى القسمة المقصود التميز دون الاسترباح فبذكر الحقوق والمرافق لا يتبين أنهما لم يقصدا التمييز فى أن لا يبقى لاحدهما فى نصيب الآخر طريق ميسل ماء ولو لم يكن له مفتتح للطريق ولا مسيل ماء فانه ذكر في كتاب القسمة أن لكل واحد منهما ما أصابه بكل حق له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل مائه على طريق سطحه كما كان قبل القسمة وان لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة بخلاف البيع فانه يكون صحيحا وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان المقصود بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشترى وان كان يتعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له كمن اشتري مهرا صغيرا أو أرضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع بالمشترى وهذا لانه ترك النظر لنفسه حين لم يذكر الحقوق والمرافق ليدخل الطريق والمسيل فلا يشتغل بالنظر له فاما فى القسمة المقصودة اتصال كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه فاذا لم يكن له مفتتحا الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على ضرر فلا يجوز الا أن يذكر الحقوق والمرافق فيستدل بذلك علي أنهما قصد ادخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة لعلمها أن القسمة لا تصح بدونهما فى هذا الوضع بخلاف ماسبق توضيحه أن المعتبر في القسمة المعادلة فى المنفعة واذا لم يكن له طريقا ولا مسيل ماء لا يحصل معنى المعادلة فى المنفعة فلا تصح القسمة كما لو استأجر مهرا صغيرا أو أرضا سبخة للزراعة لم يجز لفوات ماهو المقصود وهو المنفعة فان قيل فعلي هذا ينبغى أن يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما اذا استأجر أرضا دخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تتناوله الاجارة ولكن يتوصل به الى الانتفاع بالمستأجر والأجير انما يستوجب الأجرة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع فنى ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما وأما هنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا فى نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضا اشتراطه الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكره الحقوق والمرافق ولو رفعا طريقا بينهما وكان على الطريق ظلة وكان طريق احدهما على تلك الظلة وهو يستطيع أن يتخذ طريقا آخر فاراد صاحبه أن يمنعه من المرور على ظهر الظلة لم يكن له ذلك لان أصل الطريق

مشترك بينهما وكما أن أسفله ممر لهما فكذلك أعلاه فهو لا يريد بهذا أن يحدث لنفسه حقا في نصيب شريكه وانما يريد أن يستوفى حقه فلا يمنع من ذلك بخلاف ما تقدم فهنالك انما يريد اتخاذ طريق ومسيل لنفسه في ملك خص به صاحبه وليس له ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول فى العلو الذي لا سفل له وفى السفل الذى لا علو له يحسب فى القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو وقال أبو يوسف رحمه الله يحسب العلو بالنصف والسفل بالنصف ثم ينظر كم جملة ذرع كل واحد منهما فيطرح من ذلك النصف وقال محمد رحمه الله يقسم ذلك على القيمة قيمة العلو أو قيمة السفل وقيل ان أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ما شاهده من عادة أهل بغداد فى التسوية بين العلو والسفل فى منفعة السكنى ومحمد شاهد اختلاف العادات فى البلدان فقال انما يقسم على القيمة وقيل بل هو بناء على أصل آخر وهو أن عند محمد رحمه الله وعند أبى حنيفة رضي الله عنه لصاحب السفل منفعتان منفعة السكنى ومنفعة البناء فانه لو أراد أن يحفر فى سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك فلصاحب العلو منفعة واحدة وهى منفعة السكنى فانه لو أراد أن يبنى على علوه علوا آخر كان لصاحب السفل منعه من ذلك والمعتبر فى القسمة المعادلة في المنفعة فلهذا جعل بمقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو وأبو يوسف رحمه الله يقول لصاحب العلو أن يبنى على علوه اذا كان ذلك لا يضر بالسفل كما أن لصاحب السفل أن يحفر سردابا فى السفل اذا كان لا يضر بصاحب العلو فاستويا فى المنفعة فيحصل ذراع من السفل بذراع من العلو وحجته لاثبات هذا الأصل ان صاحب العلو يبنى على ملكه كما أن صاحب السفل يتصرف فى ملكه واتصال العلو بالسفل كاتصال بيتين متجاورين فالكل واحد منهما أن يتصرف فى ملكه على وجه لا يلتحق الضرر لصاحبه وأبو حنيفة رحمه الله يقول صاحب السفل بحفر السرداب يتصرف في الارض وهى خالص ملكه وصاحب العلو يحمل ما يبنى على حائط السفل أيضا وهو مملوك لصاحب السفل وزيادة البناء تضير بحائط صاحب السفل لا محالة ويتبين ذلك في الثانى ان كان لا يتبين فى الحال ولا يكون له أن يفعل ذلك بدون رضاء صاحب السفل ومحمد فى هذا الفصل وافق أبا يوسف ولكن فى القسمة يقول تعتبر القيمة لان العلو والسفل بناء والمعادلة فى قسمة البناء تتيسر ولان فى بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل وهو كذلك

بمكة وبمصر وفى بعض البلدان قيمة السفل أكثر من قيمة العلو كما هو بالكوفة قيل في كل موضع تكثر النداوة في الارض يختار العلو عن السفل وفى كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالقيمة فاستحسن القسمة فى العلو والسفل باعتبار القيمة ثم تفسير المسئلة فى فصلين أحدهما أن يكون بينهما سفل علوه لغيرهما وعلو سفله لغيرهما فاراد القسمة فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يجعل بمقابلة كل ذراع ذراع والثاني أن يكون المشترك بين الشركاء بيتا لسفله علو وسفل لا علو له بان كان العلو لغيرهم وعلو لا سفل له فعند أبى حنيفة رحمه الله يجعل بازاء مائة ذراع من العلو الذى لا سفل له ثلاثة وثلثين ذراعا وثلثا من البيت الكامل وبأزاء مائة ذراع من السفل الذى لا علو له ستة وستين ذراعا وثلثى ذراعا من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل كما فى الفصل الأول وعند أبى يوسف رحمه الله يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل الذى لا علو له ومائة ذراع من العلو الذى لا سفل له لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو ومحمد رحمه الله فى ذلك كله يعتبر المعادلة بالقيمة وعليه الفتوى واذا كانت الدور بين قوم فاراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة وأبى ذلك بعضهم قسم القاضي كل دار بينهم على حدة ولم يضم بعض انصبائهم الي بعض الا أن يصطلحوا على ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الرأى فى ذلك الى القاضى وينبغى أن ينظر فى ذلك فان كانت انصباء أحدهم اذا جمعت فى دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك لان المعتبر فى القسمة المعادلة في المنفعة والمالية والمقصود دفع الضرر واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم فى دار وينتفع بذلك والقاضى نصب ناظرا فيمضى قضاءه علي وجه يرى النظر فيه كما يمضى قضاءه فى المجتهدات على مايؤدى اليه اجتهاده ولان الدور فى حكم جنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو السكنى والجنس الواحد يقسم بين الشركاء قسمة واحدة كالغنم والثياب الهروية الا أنها تتفاوت منفعة السكنى باختلاف البلدان وباختلاف المحال فمن هذا الوجه تشبه البلدان الاجناس المختلفة فعند تعارض الادلة الرأى للقاضي فيرجح بعضها بطريق النظر وأبو حنيفة رحمه الله يقول الدور أجناس مختلفة بدليل انها لا تثبت صداقا بمطلق التسمية حتى اذا تزوج امرأة علي دار فهو

بمنزلة مالو تزوجها على ثوب (وكذلك) لو وكل وكيلا بشراء دار لم يصح التوكيل وبعد اعلام الجنس بجهالة الوصف لا تمنع صحة الوكالة فعرفنا أنها أجناس مختلفة والاجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة الا باصطلاح الشركاء علي ذلك وهذا لان في الأجناس المختلفة معنى المعاوضة يغلب علي معنى التمييز والمعاوضة تعتمد التراضي وفي الجنس الواحد معنى التمييز يغلب وذلك داخل تحت ولاية القاضي ففي الدور معنى المعاوضة يغلب لان قبل القسمة يتيقن بان نصيب كل واحد منهم في أمكنة متفرقة فاذا جمعها في مكان واحد يكون ذلك بطريق المعاوضة واذا قسم كل ذراع علي حدة فمعنى التمييز فيه يغلب لان نصيب كل واحد منهم يكون في أمكنة متفرقة بعد القسمة كما كان قبلها ثم المقصود بالقسمة تمكين كل واحد منهم من الانتفاع بملكه فلا بد من اعتبار المعادلة في المنفعة والتفاوت في المنفعة في الدور تفاوت عظيم فانما يختلف باختلاف البلدان وباختلاف المحال وباختلاف الجيران وبالقرب من الماء وبالبعد عنه وبالقرب من الربط والبعد عنه والظاهر أنه يتعذر عليه اعتبار المعادلة في المنفعة اذا قسمها قسمة واحدة وأن قسمة كل دار علي حدة أعدل ثم هي ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور سواء كانت متفرقة أو متلازقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا برضاء الشركاء والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متفرقة أو مجتمعة في مكان واحد لانها تتفاوت في منفعة السكنى فالبيت إسم لمسقف واحد له دهليز فلا يتفاوت في المنفعة عادة (ألا ترى) انها تؤجر بأجر واحد في كل محلة فتقسم قسمة واحدة والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقة بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة تقسم كل منزلة علي حدة سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أقصاها وبعضها في أدناها لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالمنازل تتفاوت في منفعة معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها تقل في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي الى أعدل الوجوه فتمضى القسمة علي ذلك ولو اختلفوا في قيمة البناء فقال بعضهم يجعل البناء بذرع من الارض وقال بعضهم يجعلها علي الدراهم والصحيح أن القاضي يجعلها علي الذرع اذا تيسر عليه ذلك لان الدراهم ليست من الميراث والثابت للقاضي ولاية قسمة الميراث بينهم فاذا جعل على ذلك الذرع كان ذلك تصرفا في

محل ولايته واذا جعل ذلك علي الدراهم كان ذلك تصرفا منه وراء محل ولايته وربما لا يقدر كل أحد علي تحصيل الدراهم وأدائها فليس للقاضى أن يكلفه ذلك توضيحه انه اذا جعل ذلك على الدراهم فالذي وقع البناء فى نصيبه الدرهم دين عليه وربما ينوي ذلك عليه وان كان يخرج فنفس القسمة يتعجل نصيب من وقع البناء في نصيبه ويتأخر نصيب الآخر الى خروج الدين منه فتنعدم المعادلة بذلك واذا جعل ذلك علي الذرع يتعجل وصول نصيب كل واحد منهم اليه ويتم القسمة ولا حق لبعضهم علي بعض فهذا أولى الوجهين واذا تعذر عليه اعتبار المعادلة علي الذرع فله أن يقسم على الدراهم عندنا (وقال) مالك رحمه الله ليس له ذلك الا أن يصطلحوا عليه أو تكون الدراهم يسيرة لان في القسمه علي الدراهم محض المعاوضة وهو بيع نصيب أحدهما من البناء بما يوجب له من الدراهم على صاحبه وليس للقاضى ولاية المعاوضة إلا عند تراضى الخاصمين عليه الا أن اليسير من الدراهم ربما يتحقق فيه الحاجة والضرورة فيتعدى اليه حكم ولايته للحاجة وأصحابنا رحمهم الله يقولون هذه الحاجة تتحقق فى الكثير كما تتحقق فى القليل لان قيمة نصيب أحدهما من البناء ربما يكون أضعاف جميع قيمة الارض فتتعذر عليه القسمة بطريق مقابلة قيمة البناء بالذرع من الارض أو يقع جميع الساحة لاحدهما فلا يتمكن صاحب البيت من الانتفاع بالبناء بدون الارض واذا كلف نقل البناء تنقطع المنفعة عنه فلهذا قلنا عند الضرورة يجوز له أن يجعل القسمة فى البناء على الدراهم وهذا لان ولاية القسمة تثبت له فلا يتعدى فيتعدي ولايته الى مالا يتأتى له القسمة الا به كالجد مع وصي الاب يصح منه تسمية الصداق في النكاح وان كان التصرف فى المال الي الوصي دون الجد وكذلك الاخ ليس له ولاية التصرف فى المال ثم له ولاية التسمية فى الصداق باعتبار ثبوت الولاية فى التزويج ولو اختلفوا فى الطريق فقال بعضهم يرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا يرفع نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريقا يفتحه فى نصيبه قسمه بينهم بغير طريق يرفع كما بين عنهم وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بينهم لان المقصود بالقسمة توفير المنفعة علي كل واحد منهم ثم موضع الطريق مشترك بينهم كغيره فاذا كان يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه فى نصيبه فالذي يقول لا يرفع طريقا يطلب القسمة فى جميع المشترك وذلك ممكن مع اعتبار المعادلة فى المنفعة فيجيبه القاضى الي ما التمس واذا كان لا يستقيم ذلك ففى قسمة موضع الطريق قطع المنفعة عنهم وذلك ضد ما هو المقصود بالقسمة

والقائل لا يرفع طريقا في هـذا الموضـع متعنت توضيحه انه لو كان المشترك بينهم موضع الطريق فقط فطلب بعضهم قسمته وفيه ضرر على كل واحـد منهم لم يجبه القاضي الى ذلك وان كان فيه منفعة للطالب أجابه القاضى الى ذلك فكذلك اذا كان المشترك موضع الطريق وغيره ولو اختلفوا فى سعة الطريق وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله على أدنى مايكفيهم لان باب الدار متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ثم لافائدة فى جعل الطريق أعرض من باب الدار لانه مالم يدخـل الحمل من باب الدار لايحمله فى ذلك الطريق واذا جعل الطريق أضيق من باب الدار يتضرر به الشركاء ومقصود كل واحد منهم أن يحمل الى مسكنه فى ذلك الطريق ما يدخله في باب الدار فلهذا يجعـل الطريق بينهم على عرض الدار وطوله واذا وقع الحائط لاحد القسمين وعليه جزوع للآخر ووقعت القسمة على أن يكون هكذا أولم يذكرا ذلك فى القسمة فانه يترك على حاله لانه وجـد كذلك عند تمام القسمة ويجوز أن يكون ملك الحائط لاحدهما وللآخر عليه حق وضع الجذوع فيترك على حاله الاأن يشترط قلع الجذوع عنه فحينئذ يجب الوفاء به للحديث الشرط أملك وكذلك لوكان أزج وقع على حائط على هـذه الصفة أودرجة وكذلك اسطوانة وقع عليها جـذوع وكذلك روشن وقع على صاحب العلو مشرف على نصيب الآخر فاراد صاحب السفل أن يقطع الروشن ليس له ذلك إلا أن يشترط قطعه لان حق قرار هذه الاشياء تجوز أن تكون مستحقا لانسان فى حائط غيره فاذا تمت القسمة بينهما على هذه الصفة يجب تركها كذلك ألاترى انه لوأصاب أحدهما بيت علو والآخر السفل لم يكن لصاحب السفل أن يهدم العلو فاما اذا وقعت الساحة لاحدهما وللآخر أطراف جذوع شاخصة فيها فاراد صاحب الساحة قطع تلك الجذوع فان كانت اطراف الجذوع بحيث يمكن البناء عليها فليس له أن يقطع ذلك لان هذا لجواز أن يكون قراره مستحقا لانسان فى ساحة غيره وان كان بحيث لا يمكن البناء عليها فلصاحب الساحة أن يجبره على قطع ذلك أوتفريغ هواء الساحة عنه بما يقدر عليه لان ذلك لايجوز أن يكون حقا مستحقا له في ملك الغير اذهو لا ينتفع به من حيث البناء عليه ولو وقعت شجرة فى نصيب أحدهما وأغصانها متدلية الى نصيب الآخر فقد ذكر فى رستم عن محمد رحمه الله ان له ان يجبره على قطع تلك الاغصان وهذا مما لا يستحق اقراره فى ملك الغير بسبب من الاسباب وذكر فى سماعة عن محمد رحمه الله انه يترك كذلك لانه بالقسمة استحق

الشجرة باغصانها فترك الاغصان على ما كانت عليه عند تمام القسمة بمنزلة الازج والدرجة واذا أصاب رجلا مقصورة من الدار وأصاب من الآخر منزل طريق علو هذا المنزل في هذه المقصورة ولم يذكروا ذلك عند القسمة فلا طريق له فى المقصورة لانه يقدر على أن يجعل طريقه فى حقه من غير ضرر والقسمة لتميز نصيب احدهما من نصيب الآخر وتمام التمييز اذا لم يبق لاحدهما حق فى نصيب الآخر فاذا أمكن ذلك من غير ضرر يجب امضاء القسمة عليه واذا أصاب احدهما قسمة ساحة فى القسمة فأراد أن يبنى فيها ويرفع بناء وأراد الآخر منعه وقال انك تسد على الريح والشمس فله أن يرفع بناء مابدا له لان الساحة ملكه والساحة حق خالص له وللانسان أن يتصرف فى ملك نفسه بما يبدو له وليس للجار ان يمنعه عن ذلك وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا أو مخرجا لانه يتصرف فى خالص ملكه أرأيت لو أراد أن يجعل فيها رحا أو حدادا أو قصارا كان للآخر أن يمنعه من ذلك والحاصل أن من تصرف فى خالص ملكه لم يمنع منه فى الحكم وان كان يؤدى الى الحاق الضرر بالغير ألا ترى أن من اتجر فى حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وان كانت تكسد بسببه تجارة وان أصحاب الحوانيت يتأذون بغبار سنابك الدواب المارة وان يتأذى المارة بدخان نيرانهم التي يوقدونها فى حوانيتهم ثم ليس للبعض منع البعض من ذلك وللانسان أن يسقى أرضه وليس لجاره أن يمنعه من ذلك مخافة أن يقل ماء بئره فعرفنا أن المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه وان كف عما يؤذي جاره كان أحسن له قال صلى الله عليه وسلم مازال جبريل عليه السلام يوصي بالجار حتى ظننت أنه سيورثه والتحرز عن سوء المجاورة مستحق دينا ولكنه لا يجبر على ذلك فى الحكم والحيلة للجار أن يتصرف في ملك على وجه يدفع به ضرورة عن نفسه ويحول بينه وبين مقصوده على ما حكى أن رجلا جاء الى أبى حنيفة رضى الله عنه فقال أن جاري اتخذ مجمدة بجنب حائطى فقال اتخذ أنت أتونا بجنب الحائط ليذيب هو مايجمع من الجمد وعلى هذا قال في الكتاب لو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا أو كوة فتأذى بذلك صاحب الساحة فليس له أن يمنعه من ذلك لان اتخاذ الباب والكوة يرفع نقص الحائط ولو رفع جميع البناء لم يكن للآخر أن يمنعه منه فلهذا أولى ولكنه يبنى فى ملكه مايستره ان شاء وليس لصاحب الكوة أن يمنعه عن ذلك وكذلك هذا الحكم في الدارين والجارين ولو اتخذ رجل بئرا فى ملكه كرياسا أوبالوعة أو بئر ماء فنزمنها حائط جاره وطلب

تحويل ذلك لم يجبر على تحويله لان تصرفه فى خالص ملكه وان سقط الحائط من ذلك لم يلزمه ضمانه لانه غير متعدى فى هذا السبب والمسبب اذا كان غير متعدى في تسببه فهو غير ضامن لما تلف به كما لوسقط انسان فى بئره هذا واذا قسم رجلان دارا فأخذ أحدهما حيزا والآخر حيزا فوقع لاحدهما حائط للظاهر منه على آجرتين وأسه على أربع وقد دخل فى نصيب صاحبه من ذلك آجرة فقال صاحب الحائط أنا آخذ من نصيبك مادخل فيه من أس حائطى لم يكن له ذلك وانما له ماظهر من الحائط على وجه الارض لانه بالقسمة استحق الحائط والحائط اسم للبناء المرتفع من وجه الارض فاما الاس الذى ليس عليه بناء مرتفع عن وجه الارض فهو أرض لاحائط والارض واقع في قسم الآخر فلو استحقه صاحب الحائط انمايستحقه حريما لحائطه وليس للحائط حريم واذاقسم الشريكان دارا أودارين بينهما لم يكن للجار في ذلك شفعة لان كل واحد منهما شريك لصاحبه والشريك مقدم على الجار ألاترى ان احدهما لو باع نصيبه من صاحبه لم يكن للجار فيه الشفعة ثم فى دار واحدة معنى التميز فى القسمة تغلب على معنى المعاوضة والشفعة تختص بمعاوضة مال بمال واذا اقتسم الرجلان دارا ورفعا طريقا بينهما ثم أراد قسمة الطريق بعد ذلك فان كانت قسمته تستقيم بغير ضرر قسمته بينهما وان كانت لاتستقيم ولا يكون لاحدهما طريق لم أقسمه ثم لان فى القسمة هنا معنى الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما لاتفويتها واذا اصطلح الرجلان فى القسمة على ان أخذ أحدهما دارا والآخر منزلا فى دار أخري أوعلى ان أخذ أحدهما دارا والآخر نصف دار أخرى أو على ان أجر كل واحد منهما سهاما معلومة من دار على حدة أوعلي أن أخذ أحدهما دارا والآخر عبدا أوما اشبه ذلك من الاصطلاح فى الاجناس المختلفة فذلك جائز لان هذه معاوضة تجرى بينهما بالتراضي ولا ربا فى شئ مما تناوله تصرفه ولو اصطلحا فى دار واحدة على أن يأخذ أحدهما الارض كلها والآخر البناء كله فهو جائز للتراضى فان الارض والبناء كل واحد منهما مال متقوم مبادلة نصيب احدهما من الارض بنصيب الآخر من البناء صحيح فان شرط على أن يكون البناء له ينقضه وتكون الارض للآخر فهو جائز وان اشترط أن لايقلع بناءه فهذا فاسد لان صاحب الارض لايتوصل بهذه القسمة الى الانتفاع بالأرض ولان هذا فى معنى بيع شرط فيه اعارة أو اجارة فان صاحب البناء لما شرط ترك البناء فى أرض الآخر فان كان بمقابلة هذا الترك شئ من العوض

فهو اجارة فاسدة شرطت فى بيع وان لم يكن بمقابلتها شئ من العوض فهو اعارة مشروطة فى فى البيع واذا كانت الدار فى طريق ليس بنافذ لها فيه باب فاقتسمها أهلها على أن يفتح كل انسان منهم فى ذلك الزقاق لنفسه فهو جائز وليس لاهل الزقاق منعهم من ذلك لان كل واحد منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق منعهم عن ذلك ولان لكل واحد منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق منعهم عن ذلك ولان لكل واحد من الشركاء حق المرور فى هذا الطريق الى أن يتوصل الى ملكه وكل واحد منهم يفتح الباب يريد أن يستوفى حق نفسه ولا يريد الزيادة علي ذلك ولو كانت مقصورة بين ورثة بابها فى دار مشتركة ليس لاهل المقصورة فيها الا طريقهم فاقتسموا المقصورة على أن يفتح كل واحد منهم بابا من نصيبه فى الدار العظمى لم يكن لهم ذلك لان لهم طريقا واحدا فى موضع معلوم من عرصة الدار فهم يريدون هذه الزيادة فى ذلك بان يجعلوا جميع صحن الدار ممرا فيكون لاهل الدار منعهم من ذلك ومن أصحابنا من يقول لا يمنعون من فتح الباب لان ذلك رفع بعض الحائط والحائط خالص حقهم وانما يمنعون من التطرق فى غير الموضع المعروف طريقا لهم فى صحن الدار ولكن فى ظاهر الجواب قال يمنعون من فتح الابواب لانهم اذا تمكنوا من ذلك فربما يدعى كل واحد منهم بعد تقادم الزمان لهم طريقا خاصا فى صحن الدار ويستدل على ذلك بالباب المركب وقد يعتمد ذلك بعض القضاة فيفصل الحكم به فلهذا منعوا من فتح الابواب ولأهل الدار أن يبنوا ما بدا لهم فى صحن الدار بعد أن يتركوا لهم طريقا واحدا بقدر عرض باب الدار العظمى لان ذلك القدر من حقهم متفق فيرد عليه ما وراء ذلك الموضع وماسوى ذلك من صحن الدار فهو ملك خاص لاهل الدار فلهم ان يبنوا فيها ماأحبوا ويفتح أهل المقصورة مابدا لهم من الابواب فى ذلك الموضع لانهم بفتح هذه الابواب لا يبنون لانفسهم زيادة على مقدار حقهم وان كان لاهل هذه المقصورة دارا أخرى الى جنب هذه المقصورة فوقعت هذه الدار فى قسم رجل منهم فاراد أن يفتح بابا فى هذا الطرق المرفوع بينهم فليس له ذلك لانه لا طريق لهذه الدار فيها فسا كنها يريد اثبات طريق لنفسه فى طريق مشترك الشركة فيها خاصة والطريق الخاص بمنزلة الملك فكما لا يمكن من احداث طريق لنفسه فى ملك الغير فكذلك فى الطريق الخاص وان اشترى الذى اصابته المقصورة هذه الدار فاراد أن يجعل طريقها فى

مقصورته ثم يمر فى ذلك الطريق المشترك فله اذ كان الدار والمقصورة واحدا لان الكل فى حكم منزل واحد وان كان ساكن المقصورة غير ساكن الدار لم يكن له ذلك لانهما منزلان وكما انه ليس لساكن الدار أن يتطرق فى هذا الطريق من داره فكذلك لا يكون له أن يتطرق فيه من المقصورة لان لصاحب المقصورة أن يرضى بتطرقه فيما هو خالص ملكه وهو المقصورة ولا يعتبر رضاه بذلك فى ملك الغير وهو الطريق وفرق بين هذا وبين الشرب فان من له أرض بجنب نهر شربها من ذلك النهر اذا اشترى بجنب أرضه أرضا أخرى وأراد أن يسقي الارض الاخرى من هذا النهر باجراء الماء فى أرضه لم يكن له ذلك وفى الطريق له ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا لان هناك يستوفى من الماء فوق حقه فان حقه فى هذا النهر مقدار ما يسقى به أرضه فاذا سقى به أرضين فهو يستوفى أكثر من حقه فيمنع من ذلك وفى الطريق هو الذى يتطرق سواء دخل المقصورة فقط أو يحول من المقصورة الى الدار فلهذا لا يمنع من ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا واذا اقتسم الرجلان دارا فأخذ أحدهما طائفة وفى نصيب الآخر ظلة على الطريق وكنيف شارع فالقسمة فى هذا كالبيع وقد بينا فى كتاب الشفعة ان كنيف الشارع يدخل في بيع الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر والظلة عند أبي حنيفة لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يدخل اذا كان مفتحها فى الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر فكذلك فى القسمة فان هدم أهل الطريق تلك الظلة لم تنتقض القسمة لانه انما استحق البناء بالقسمة أما الارض من طريق المسلمين وانما يستحق بالقسمة ما كان مشتركا بينهم قبل القسمة والمشترك البناء دون الارض ولا يرجع على شريكه بشئ لانهما كانا يعلمان أن الظلة على الطريق فان لهم منها نفس البناء لا حق القرار وذلك سالم له واذا اقتسما دارا فلما وقعت الحدود بينهما اذا أحدهما لا طريق له ولا يقدر على طريق فالقسمة مردودة لانها وقعت على الضرر والمقصود تحصين كل واحد منهما بالانتفاع بملكه لا قطع ملك المنفعة عنه وقد تبين أن فى هذه القسمة قطع منفعة الملك عن أحدهما فكانت مردودة وان كان له حائط يقدر على أن يفتح بابا يمر فيه رجل ولا تمر فيه الحمولة فالقسمة جائزة لتمكنه من الانتفاع بنصيبه بالتطرق اليه من هذا الجانب فالأصل فى الطريق مرور الناس فيه فاما مرور الحمولة فيه لا يكون الا نادرا ويتعذر ذلك لا يمتنع عليه استيفاء ما هو المقصود وان كانت بحيث لا يمر فيه رجل فليس هذا بطريق ولا تجوز القسمة

لما فيها من قطع منفعة الملك عن احدهما وان كان اقتسما على أن لا طريق لفلان وهو يعلم أنه لا طريق له فهو جائز بتراضيهما لانه رضي بذلك لنفسه وانما لم تصح القسمة لدفع الضرر عنه فاذا رضى بالتزام الضرر سقط اعتبار ذلك الضرر واذا اقتسما دارا على أن يستوفى أحدهما من الآخر دارا له بألف درهم فالقسمة على هذا الشرط باطلة لان فيها معنى البيع واشتراط هذا في البيع مبطل له لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وكذلك كل قسمة على شرط هبة أو صدقة فهى فاسدة كالبيع وكذلك كل شراء على شرط قسمته فهو باطل لان اشتراط القسمة فى الشراء كاشتراط الشراء فى القسمة واذا كانت القسمة على أن يزيد شيئا معروفا فهو جائز لانه لو شرط في البيع زيادة فى الثمن مقدار مسمى أو زيادة فى المبيع شيئا بعينه جاز ذلك فكذلك في القسمة والله أعلم

باب قسمة الدور بالدراهم يريدها

(قال رحمه الله أحدهما واذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة فهو جائز)لان فى حصة الدراهم المشروطة العقد بيع وقد تراضيا عليه وجواز البيع يعتمد المراضات وقد بينا أن الشريكين عند القسمة يحتاجان الى ذلك عادة الا أن القاضي لا يفعله الا عند الضرورة فاما اذا تراضيا على القسمة فذلك مستقيم منهما ثم كل ما يصلح أن يكون عوضا مستحقا بالبيع يجوز اشتراطه فى هذه القسمة عند تراضيهما عليه فالنقود حالة كانت أو مؤجلة والمكيل والموزون معينا أو موصوفا مؤجلا أو حالا يجوز استحقاقه عوضا فى البيع فكذلك في القسمة فان كان لشيء من ذلك حمل ومؤنة فلا بد من بيان مكان الايفاء فيه عند أبي حنيفة رحمه الله كما فى السلم والاجارة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان بينا للتسليم مكانا جاز ذلك وان لم يبينا جازت القسمة ويتعين للتسليم موضع الدار وكان ينبغى فى القياس أن يتعين موضع العقد كما فى السلم عندهما ولكنهما استحسنا فقالا تمام القسمة يكون عند الدار وانما يجب عند تمام القسمة فيتعين موضع الوجوب فيه للتسليم كما فى الاجارة عندهما يتعين موضع الدار لا موضع العقد لان وجوب الآخر باستيفاء المنفعة وذلك عند الدار يكون وان كانت الزيادة شيئا من الحيوان بعينه فهو جائز وان كان بغير عينه لم يجز موصوفا كان أو غير موصوف مؤجلا كان أو حالا لان الحيوان لا يستحق فى الذمة عوضا عما هو مال وان كان بعينه

وشرط أن لايسلمه الى شهر فهو فاسد لانه شرط الاجل في العين وذلك مفسد للبيع لكونه غير منتفع به بل فيه ضرر على المتملك للعين بالعقد من غير منفعة للآخر فيه فكذلك في القسمة ولو كانت الزيادة ثيابا موصوفة الى أجل معلوم فهو جائز وان لم يضرب له أجلا لم يجز كما في البيع وهذا لان الثياب تثبت في الذمة سلما ولا تثبت في الذمة قرضا والسلم لايكون إلا مؤجلا والقرض لايكون الا حالا فعرفنا بذلك أنها تثبت في الذمة مؤجلا ثبوتا صحيحا ولا تثبت حالا واذا كان ميراث بين رجلين في دار وميراث في دار أخرى فاصطلحا على أن لاحدهما ما في هذه الدار وللآخر ما في تلك الدار وزاد مع ذلك دراهم مسماة فان كانا سميا سهاما كم هي سهم من كل دار جاز لان مايستحقه كل واحد منهما بالقسمة والبيع معلوم له وان لم يسميا ذلك لم يجز لجهالة مايستحقه كل واحد منهما وهذه جهالة تفضي الى تمكن المنازعة بينهما في الثاني وان سميا مكان السهام أذرعا مسماة مكسرة جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وأصل الخلاف فيما ذكرنا في البيوع اذا باع ذراعا في عشرة أذرع من هذه الدار فالقسمة نظير البيع في ذلك داران بين ثلاثة نفر اقتسموها على أن يأخذ أحدهما احدى الدارين والثاني الدار الاخرى على أن يرد الذي أخذ الدار الكبري على الذي لم يأخذ شيئا دراهم مسماة فهو جائز لانه اشترى نصيب الشريك الثالث بما أعطاه من الدراهم ولو اشترى نصيب الشريكين جميعا بالدراهم جاز فكذا اذا اشترى نصيب أحدهما ثم قاسم الشريك الآخر على قدر ملكهما في الدارين وذلك مستقيم أيضا فقد بينا أن الدور تقسم قسمة واحدة بالتراضي وكذلك ان أخذ الدار الكبرى اثنان منهم وأخذ الثالث الدار الصغرى واذ كانت دارا واحدة بينهم وأخذها اثنان منهم كل واحد منهما طائفة معلومة على أن يرد على الثالث دراهم معلومة فهو جائز لانهما اشتريا نصيبه بما نقداه من الداهم وكذلك ان اشترطوا على أحدهما ثلثي الدراهم لفضل في منزله فذلك جائز لانه يكون مشتريا ثلثي نصيب الثالث وصاحبه الثلث وكذلك دار بين شريكين اقتسماها نصفين على أن يرد أحدهما على الآخر عبدا بعينه على أن زاده الآخر مائة درهم فهو جائز لان بعض العبد عوض عن المائة الدراهم وبعضه عوض عما أخذ مالك العبد من نصيب صاحبه بالقسمة من الدار وذلك مستقيم وكذلك لو اقتسماها على أن يأخذ أحدهما البناء وأخذ آخر الخراب على أن يرد صاحب البناء على الآخر دراهم مسماة فذلك جائز لان بعض ما أخذ من البناء عوض مستحق له بالقسمة وبعضه مبيع له بما

تقدمن الدراهم وكذلك لو أخذ أحدهما السفل والآخر العلو واشترط أحدهما على صاحبه دراهم مسماة لان السفل مع العلو كالبيتين المتجاورين يجوز بيع كل واحد منهما فكذلك يجوز اشتراط فضل الدراهم على أحدهما فى قسمة العلو والسفل شرط ذلك على صاحب العلو أو على صاحب السفل والله أعلم

باب قسمة الدور بتفضيل بعضها على البعض بغير دراهم

(قال رحمه الله واذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها فأخذ أحدهما مقدمها وهو الثلث والآخر أخذ مؤخرها وهو الثلثان جاز ذلك) لان المعتبر فى القسمة المعادلة في المالية والمنفعة والظاهر أن ذلك لا يتأتى مع اعتبار المساواة في المساحة ومالية مقدم الدار فوق مالية مؤخرها لكثرة الرغبة فى المقدم دون المؤخر وتتفاوت المنفعة بحسب ذلك فالقسمة لا تخلو فى العادة عن التفاوت فى المساحة ولا يعد ذلك ضررا وانما الضرر بالتفاوت فى المنفعة والمالية ففى ذلك تعتبر المعادلة بينهما فان كانت الدار بينهما أثلاثا فأخذ صاحب الثلث نصيبه مابقى من الدار وهو أكثر من حقه فهو جائز بمنزلة البيع لوجود التراضى منهما وقد بينا أن المال الذى لا يجرى فيه الربا يعتبر لجواز المبايعة فيه المراضاة فكذلك ان كان الذي وقع فى قسم الآخر ليست له غلة فهو جائز لانه رضي به لغرض له وهو غير متهم فى النظر لنفسه فيه ولو اشتراه بمال عظيم جاز شراؤه فكذلك اذا اختار أحدهما أخذه فى القسمة بقسمه واذا اقتسما دارا بينهما على أن لكل واحد منهما طائفة من الدار على ان رفعا طريقا بينهما ولاحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه فهذا جائز وان كانت الدار فى الأصل بينهما نصفين لان رقبة الطريق ملك لهما محل للمعاوضة فقد شرط أحدهما لنفسه بعض نصيب صاحبه من الطريق عوضا عن بعض ماسلم اليه من نصيبه فى المنزل الذي أخذه صاحبه بالقسمة وذلك جائز وان أخذ أحدهما طائفة منهما يكون قدر الثلث وأخذ الآخر طائفة تكون قدر النصف ورفعا طريقا بينهما يكون مقدار السدس فهو جائز لانهما نفيا شركتهما فى موضع الطريق وقسما ماوراء ذلك على الاخماس فأخذ أحدهما ثلثة أخماسه والآخر خمسه ولو قسما الكل بينهما بهذه الصفة جاز فكذلك اذا اقتسما البعض وبقيا شركتهما فى البعض ليكون ذلك طريقا لهما ولو اشترطا أن يكون الطريق بينهما على قدر مساحة مافى أيديهما فهو جائز لانهما لو قسما الكل على هذه المساحة

جاز فكذلك اذا اشترطا أن يتركاه مشتركا للطريق بينهما على قدر هـذه المساحة وكذلك
ان شرطا أن يكون الطريق لصاحب الأقل ويكون للآخر ممرة فيه فهو جائز لان عـين
الطريق مملوك لهما فقد حصل أحدهما نصيبه من عين الطريق لصاحبـه عوضا عن بعض
ما أخذه من نصيب صاحبه بالقسمة ولكن بقي لنفسه حق الممر فى ذلك جائز بالشرط كمن
باع طريقا مملوكا له من غيره على أن يكون له حق الممر فان ذلك جائز بمثله بيع السفل على
أن يكون حق القرار العلو له عليه وان لم يشـترطا شيئا من ذلك فالطريق بينهما على قدر ما
ورثا لانهما نفيا شركتهما فى قدر الطريق فيبقى فى هـذا الجزء عين ما كان لهما من الشركة
فى الكل واذا كانت دار بين رجلين وبينهما شقص من دار أخرى فاقتسماها على أن يأخذ
أحـدهما الدار والآخر الشقص ولم يسميا سهام الشقص لم يجز ذلك للجهالة فان أقرا أنهما
كان يعرفان كم هو يوم اقتسما فهو جائز لان عين التسمية فى العقد غير مقصودة بل المقصود
اعلام المتعاقدين بها وقد تصادقا على أنه كان معلوما لهما وان عرف ذلك أحـدهما وجهله
الآخر فالقسمة مردودة وقد بينا فى كتاب الشفعة انه اذا اشترى نصيب فلان من الدار
فان كان المشترى يعلم كم نصيبه جاز البيع وان كان البائع يعلم ذلك دون المشترى لم يجز فى
قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجوز في قول أبي يوسف الآخر رحمه الله وينبغي أن يكون
الجواب في القسمة علي ذلك التفصيل أيضا وقيل بل هذا الجواب صحيح فى القسمة وهو
قولهم جميعا لان المعتبر فى القسمة المعادلة فى المنفعة والمالية ولا يصير ذلك معلوما لكل واحد
منهما الا اذا كان الشقص معلوما لكل واحد منهما فلهذا قلنا اذا جهل أحدهما ذلك فالقسمة
مردودة فاما البيع عقد معاينة يقصد للاسترباح والمشترى هو الذى يقبض البيع فيشترط أن
يكون مقداره معلوما له فاما حق البائع فى الثمن معلوم فلتحقيق هذا المعنى يظهر الفرق واذا
اقتسم الرجلان دارا علي أن أخذ أحدهما الثلث من مؤخرها بجميع حقه وأخذ الثلثين من
مقدمها بحقـه فهو جائز وان كان فيـه غبن لانهما تراضيا عليه والقسمة نظير البيع فلا يمتنع
جوازها بسبب الغبن عند تمام التراضى من المتعاقدين عليه وما لم تقع الحدود بينهما والتراضى
بعد القسمة فلكل واحد منهما أن يرجع كما فى البيع قبل تمام العقد بالايجاب والقبول لكل
واحـد منهما أن يرجع فكذلك فى القسمة وتمام القسمة بوقوع الحـدود بينهما واذا كانت
أقرحة الارض متفرقة بين رجلين فهي كالدور عند أبى حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح بينهما

على حدة الا اذا تراضيا على أن يقسما الكل قسمة واحدة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ينظر القاضي فى ذلك فيقسمها بينهم على أعدل الوجهين كما هو مذهبهما في الدور وهـذا لان الاراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منهما فى الغلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها أو أكبر من ذلك فكما أن هناك لتعذر المعادلة فى المنفعة قال أبو حنيفة رحمه الله تقسم كل دار على حدة فكذلك الجواب فى الاقرحة واذا كانت القرية ميراثا بين قوم اقتسموها فاصاب أحدهم قراح وغلات فى قراح وأصاب الآخر قرحا كرم فهو جائز لان هـذا النوع من القسمة يعتمد الرضا وما أصاب كل واحد منهما غير مال متقوم يجوز بيعه فيجوز استحقاقه بالقسمة أيضا واذا أصاب بعضهم بستان وكرم وبيوت وكتبوا فى القسمة بكل حق هو لها أولم يكتبوا ذلك فله مافيها من الشجر والبناء ولا يدخـل في ذلك الثمر والزرع وقد بينا هـذا فى كتاب الشفعـة فى البيع فهو كـذلك في القسمة وان كتبوا بكل قليل وكثير هو فيها أو منها دخل ذلك فى القسمة وفى كتاب المزارعة قال لايدخل الزرع والثمر بهذا اللفظ ولكن قال هناك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها من حقوقها فيما ذكر فى آخره يتبين ان المراد ادخال الطريق والشرب دون الزرع والثمر وهناك أطلق بكل قليـل وكثير هو فيها أومنها والثمر والزرع من هذه الجملة فعند إطلاق اللفظ تدخل فى القسمة ومن جعل المسئلة على روايتين فقد بينا وجه الروايتين فى كتاب الشفعة واذا اقتسم نفر بينهم أرضا على أن لا طريق لهم ولا شرب ورضوا بذلك فهو جائز لوجود التراضى منهم على التزام الضرر إلا أنهم قالوا القاضي لا يشتغل بهذه القسمة وان تراضوا عليه لان القاضى لا يشتغل بما لا يفيد ولكن ان فعلوا ذلك لم يمنعهم من ذلك كما لو طلبوا من القاضى قسمة الحمام بينهم لا يفعل ذلك وان فعل بتراضيهم لم يمنعهم من ذلك وان كانت أرض بين قوم لهم نخل فى غير أرضهم فاقتسموا على أن يأخذ اثنان منهم الارض وأخذ الثالث النخيل باصولها فهذا جائز لان النخلة بمنزلة الحائط منها ولو شرط لاحدهم فى القسمة حائطا بنصبه جاز فكذلك النخلة وان شرطوا أن لفلان هذه القطعة وهذه النخلة وهو فى غير تلك القطعة وللآخر قطعة وللثالث القطعة التى فيها تلك النخلة فاراد أن يقطع النخلة فليس له ذلك والنخلة لصاحبها باصلها لما بينا أن النخلة كالحائط وتسمية الحائط فى القسمة يستحقه بأصله فكذلك تسمية النخلة وهذا لانها نخلة مالم تقطع فاما بعد القطع هو جذع فمن ضرورة

استحقاق النخلة استحقاق أصلها وكذلك على هذا لو أقر لانسان بنخلة استحقها بأصلها
وذكر فى النوادر فى البيع اختلافا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قال عند أبى يوسف رحمه الله
يستحقها باصلها وعند محمد رحمه الله لا يستحق بأصلها إلا بالذكر فقيل الجواب فى الاقرار
كالجواب فى البيع على الخلاف فابو يوسف رحمه الله يسوى بين القسمة والبيع ومحمد رحمه
الله يفرق بينهما فنقول فى القسمة بعض نصيب أحدهما باعتبار أصله ملكه وأصل ملكه فيها
نخلة وانما تكون نخلة قبل القطع فمن ضرورة استحقاقه البعض باصله استحقاق جميع النخلة
باصلها وكذلك فى الاقرار فهو اخبار بملك النخلة له وانما تكون نخلة باصلها فاما البيع ايجاب
ملك مبتدا فلا يستحق به الا المسمى فيه والنخلة اسم لما ارتفع من الارض لا الارض فلا
يجوز أن يثبت له الملك ابتداء فى شئ من الارض بتسمية النخلة فى البيع فلهذا يشترط
فيه ذكر الاصل فان قطعها فله أن يغرس مكانها مابدا له لانه قد استحق له ذلك من الارض
فكما كان له أن يبقى الاولى فيها قبل القطع فكذلك له أن يغرس مكانها أخرى فان أراد أن يمر
اليها فمنعه صاحب الارض فالقسمة فاسدة لانها وقعت على الضرر فلا طريق له الي نخلته
وقد بينا أن القسمة متى وقعت علي ضرر فهى فاسدة وان الطريق الخاص لا يدخل الا
بذكر الحقوق والمرافق فان كانوا ذكروا في القسمة بكل حق هو لها فالقسمة جائزة وله
الطريق الى نخلته لانه نص على شرط الحقوق والمرافق ولا يقصد بهذا اللفظ الا شرط
الطريق فكأنه شرط الطريق الى نخلته أيضا واذا كانت قرية وأرض ورحا ماء بين نفر
فاقتسموها فاصاب رجل الرحاء وأصاب الآخر أقرحة مملومة وأصاب الاخر بيوت
وأقرحة فاقتسموها بكل حق هو لها فأراد صاحب النهر أن يمر الى نهره في أرض قسمة
فمنعه ذلك ليس له أن يمنعه وله الطريق الى نهره اذا كان نهره فى وسط أرض هذا ولا يخلص
اليه الا بذلك لانه لا يتمكن من الانتفاع بنهره ما لم يخلص اليه ولا طريق له الى ذلك الا في
أرض قسيمه وقد اشترط فى القسمة كل حق هو لها فعرفنا انه انما شرط ذلك لاجل هذا
الطريق والطريق بالشرط يصير مستحقا له فى نصيب قسيمه وان كان النهر منعرجا مع حد
الارض له طريق اليه فى غير الارض لم يكن له أن يمر فى أرض هذا لان القسمة لتمييز ملك
أحدهما من ملك الآخر وتمام ذلك بان لا يبقى لاحدهما حق فى نصيب الآخر واتمام القسمة
فى هذا الفصل ممكن بهذه الصفة فلا يستحق الطريق بذكر الحقوق والمرافق وفى الأول

لا يمكن اتمام القسمة بينهما بهذه الصفة فيجعل الطريق مستحقا له بذكر الحقوق وقد تقدم بيان هذا الفرق في البيت والصفة وان كان في وسط أرض هذا ولم يشترطوا المرافق والطريق ولا كل حق هو لها ولا كل قليل وكثير هو فيها أومنها فلا طريق له في أرض هذا لما بينا انه لا يستحق في نصيب قسيمه حقا من غير لفظ يدل عليه في القسمة والقسمة فاسدة لانها وقعت على ضرر الا أن يقدر على أن يمر في بطن النهر بان انكشف الماء عن موضع من النهر فان قدر على هذا فالقسمة جائزة وطريقه في بطن النهر لمكنه من الانتفاع بنصيبه بهذه الصفة وطريقه لا في بطن النهر زيادة منفعة له ولم يشترط ذلك لنفسه فلا يستحقه ولا تبطل القسمة لاجله مع تمكنه من الانتفاع بنصيبه لان حرمانه هذه الزيادة بتركه النظر لنفسه عند القسمة وان كان للنهر مسناة من جانبيه يكون طريقه عليها فهو جائز وطريقه عليها دون أرض صاحبه وان ذكر الحقوق في القسمة لتمكنه من الانتفاع بالنهر بالتطرق على مسناته وان لم يذكروا المسناة في القسمة فاختلف صاحب النهر والارض فيها فهي لصاحب النهر لملقى طينه وطريقه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال أبو حنيفة رحمه الله هو لصاحب الارض وهذا بناء على مسئلة كتاب الشرب أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا حريم للنهر وعندهما للنهر حريم من جانبيه مثل عرض بطن النهر فاذا كان عندهما للنهر حريم كان اشتراط النهر لاحدهما في القسمة اشتراطا لحريمه له فهو أولى به وعند أبي حنيفة رحمه الله لا حريم للنهر وقد جعلا في القسمة النهر حدا الملك صاحبه والمسناة من جنس الارض يصلح لما يصلح له الارض من الغرس والزراعة ولا يصلح لما يصلح له من اجراء الماء فيه فيكون صاحب الارض أولى به وان لم يكن للنهر طريق الا في أرض لقسيمه واشترطوا عليه أن لا طريق له في هذه الارض فهو جائز ولا طريق له اذا علم يومئذ أنه لا طريق له لان فساد القسمة لدفع الضرر عنه وقد رضي هو بالتزام الضرر والشرط أملك وكذلك النخلة والشجرة نصبت احداهما في أرض الآخر واشترطا أن لا طريق له في أرض صاحبه فهو والنهر سواء ولو كان نهر يصب في أجمة كان لصاحبه ذلك المصب على حاله لانه محتاج اليه مستعجل له وقد وقعت القسمة على هذه الصفة فيترك على ذلك لما بينا في جذوع لاحدهما على حائط الآخر فالمصب يجوز أن يكون مستحقا لصاحب النهر في ملك الغير كالجذوع واذا كان نهر لرجل يمر في ملك رجل آخر فاختلفا في مسناة على النهر فهي لرب الارض في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما المسناة لصاحب النهر وهذا بناء على مسئلة

حريم النهر وعلى سبيل الابتداء هما يقولان لصاحب النهر فى المسناة يد من حيث الاستعمال فانه بالمسناة من الجانبين يجرى ماؤه فى النهر مستويا والاستعمال يد وعند المنازعة القول قول ذى اليد ولابى حنيفة ان الظاهر يشهد لرب الارض لان المسناة من جنس الارض يصلح لما يصلح له الارض وملك الآخر فى النهر وهو العمق الذى يجرى فيه الماء وما وراء ذلك يكون لصاحب الارض باعتبار الظاهر حيث يثبت للآخر استحقاقه بالحجة الا أنه ليس له أن يهدمها فان ذلك يضر بالنهر لان الماء يفيض عدم المسناة فهو مملوك لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيه حق استمساك الماء به فلا يهدمها لحقه كحائط لانسان عليه جذوع لآخر ليس لصاحب النهر أن يهدمه ولكن لصاحب الارض أن يغرس على المسناة مابداله لانه يتصرف فى ملكه وليس فيه ابطال حق صاحب النهر فهو بمنزلة حائط سفله لرجل وعلوه لاخر ولصاحب العلو أن يحدث على علوه مابداله مالم يضر بالسفل واذا كانت القرية والارض بين قوم اقتسموا الارض مساحة على ان من أصابه شجر أو بيوت فى أرضه فهى عليه بقيمتها دراهم فهو جائز وهذا استحسان بمنزلة رجلين يقتسمان دارا على ان لكل واحد منهما ما أصابه من البناء بالقيمة فهو جائز وان لم يسميا ذلك استحسانا وقد بيناه قال ألا ترى أنه لو كانت دار بين رجلين فيها ساحة وبناء لهما ولآخر فاقتسماها على أن أخذ أحدهما الساحة وأخذ الآخر موضع البناء على أن البناء بينهم على حاله ثم أراد الذى أصابه الساحة أن يأخذ نصيبه من البناء لم يكن له ذلك لان فيه ضررا على صاحبه ولكن له قيمة حقه من ذلك أجبره عليه فاذا كنت أجبره على أخذ القيمة بغير شرط فهى اذا كان بشرط أجوز وان لم يسميا ذلك ومعنى هذا أن البناء وصف للساحة وتبع لها فاذا استويا فى ملك البيع وتفرد احدهما بملك الاصل كان لصاحب الاصل أن يتملك على شريكه من الوصف بالقيمة ألا ترى أن صبغ الغير لو اتصل بثوب الغير كان لصاحب الثوب أن يتملك الصبغ على صاحبه بالقيمة باعتبار انه وصف لملكه وهذا بخلاف ما اذا كان البناء كله لانسان فى ساحة الغير لان هناك صاحب البناء يتمكن من رفع بنائه من غير اضرار بصاحب الساحة فلا يكون لصاحب الساحة حق تملك البناء عليه بغير رضاه وأما اذا كان البناء مشتركا فهو لا يتمكن من رفع نصيبه من البناء بدون الاضرار بصاحب الساحة لانه مالم يرفع جميع البناء لا يمكن قسمته بينهما فلهذا كان لصاحب الاصل أن يرفع الضرر عن نفسه ويتملك نصيبه عليه بضمان القيمة توضيحه أن البناء تبع من وجه حتى يدخل فى

بيع الاصل من غير ذكر كالصبغ في الثوب وهو أصل من وجه حتى يجوز بيعه على الانفراد فيوفر حظه على الشبهين فلشبهه بما هو أصل لا يكون لصاحب الارض أن يتملك على صاحب البناء جميع البناء بغير رضاه ولشبهه بالبيع يكون له عليه أن يتملك نصيبه من البناء اذا كان مشتركا بينهما وان اشترطوا ذلك بدنانير فالدنانير كالدراهم فى انها لا تستحق إلا ثمنا فى الذمة وكذلك ان اشترطوا مكيلا أو موزونا موصوفا فى الذمة فذلك ثمن بمقابلة العين والبناء عين فاشتراط المكيل والموزون فى الذمة بمقابلة البناء بمنزلة اشتراط الثمن فهو كاشتراط الدراهم والدنانير وان شرطوا شيئا من ذلك بعينه أو من غير ذلك من العروض والحيوان فذلك باطل لانه مبيع يرد عليه العقد مقصودا فجهالته عند العقد تكون مبطلة للعقد وهذا لان الثمن معقود به (ألا ترى) أن قيامه في ملك المشترى عند العقد ليس بشرط لصحة العقد فكذلك ترك تسمية المقدار فيه عند ابتداء القسمة لا يمنع جواز القسمة اذا كان معلوم المقدار عند تمام القسمة فاما العين يكون معقودا عليه ويشترط وجوده فى ملك العاقد وقدرته على تسليمه عند العقد فكذلك يشترط أن يكون معلوما بالتسمية عند العقد أو بالاشارة الى عينه وهذا لانه اذا لم يكن معلوما فهو يكون مشتريا للعين بقيمته وذلك لا يجوز وفي الثمن هنا يقتسمان المشترك بعضه بالمساحة وبعضه بالقيمة وذلك جائز والفضة والذهب التبر والاوانى المصوغة فى هذا بمنزلة المكيل والموزون بعينه وهذا دليل على أنه يتعين التبر وانه يستحق مبيعا وقد تقدم الكلام فيه فى كتاب الشركة والصرف ولو أقامت الورثة البينة على المواريث وسألوا القاضى قسمته وعلى الميت دين وصاحب الدين غائب لم يقسم شيئا من أجناس التركة لان الدين مقدم على الميراث والقسمة ليتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنفسه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فلا يشتغل القاضى بالقسمة قبل قضاء الدين كما لا يشتغل به فى حياة المورث فان كان الدين أقل من التركة فسألوه أن يوقف منها قدر الدين ويقسم الباقى فعل ذلك استحسانا وفى القياس لا يفعل لان الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول أبى حنيفة الاول ولكنه استحسن وقال قل ما تخلو التركة عن دين يسير ويقبح أن يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فالاحسن أن ينظر الفريقين جميعا فيقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم مازاد على ذلك بين

الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت أيضا من حيث أن وارثه يقوم بحفظ مايصيبه من ذلك ويكون ذلك مضمونا عليه مالم يصل الى صاحب الدين حقه ولا يأخذ كفيلا بشئ من ذلك أرأيت لو لم يجد الوارث من يكفل عنه أولم يجد الغريم من يكفل عنه أيسع القاضى امساك حقه وهو يعرف أنه حقه وانما يطلب الكفيل بشئ لم يلحقه بعد ولكنه يخاف ذلك وعسي لا يلحقه شئ وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وفى الجامع الصغير قال هذا شئ احتاطه القضاة وهو جور أى مائل عن طريق القصد فقد بينا المسئلة فى كتاب الدعوى وان لم يعلم القاضي بالدين سألهم هل هى دين أم لا فان قالوا لا فالقول قولهم ويقسم المال بينهم لتمسكهم بالاصل وهو فراغ ذمة الميت عن الدين ولان المال في أيديهم فقد زعموا أنه خالص حقهم فيقبل فيه قولهم مالم يحضر خصم ينازعهم فان ظهر دين بعد ذلك نقض القسمة بينهم لانه لو كان الدين معلوما لم يشتغل بالقسمة فكذلك اذا ظهر بعد القسمة لانه تبين أن القسمة كانت قبل أوانها فان أوان القسمة بعد قضاء الدين وكذلك لو قسم قبل أن يسألهم عن الدين الا أن يقضوا الدين الذى ظهر قبل أن تنقض القسمة فحينئذ لا ينقضها لارتفاع الموجب لنقضها كما لا ينقض سائر تصرفات الوارث اذا قضى الدين من موضع آخر وكذلك لو لحق وارث آخر لم يعرفه الشهود ولم يشهدوا عليه لان القسمة تنتقض فى كلها لانه تبين انها وقعت بغير محضر من بعض الشركاء ولو لم تنقض القسمة تضرر به هذا الوارث لانه يحتاج الى أن يستوفي مما وصل الى كل واحد منهم مقدار نصيبه فيتفرق نصيبه فى مواضع فلهذا تنتقض القسمة ويستقبل بينهم وان أقر أحدهم لرجل بدين وجحد ذلك بعضهم قسمت التركة بينهم على المواريث لان الدين المانع من ذلك لا يظهر في حق الجاحدين ثم يؤمر المقر بقضاء الدين من نصيبه اذا كان فى نصيبه وفاء بذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقضي من نصيبه بقدر حصته وقد بينا المسئلة فى الاقرار ولو قسم القاضي التركة بينهم ثم أقام رجل البينة أن الميت أوصي له بالف درهم وهى تخرج من ثلثه فالقسمة تبطل لان الوصية بالمال المرسل اذا كان يخرج من الثلث يستحق سابقا علي الميراث كالدين فظهور هذه الوصية بعد القسمة كظهور الدين فان غرم الوارث هذه الالف من مالهم مضت القسمة لوصول حق الموصي له بكماله اليه كما لو قضوا الدين وكذلك لو قضى ذلك واحد منهم على أن لا يرجع عليهم بشئ وهو سواء فى الدين والوصية وان أراد أن يرجع عليهم لم تجز القسمة لان قيام حقه فى التركة كقيام حق صاحب الدين والموصي له

قبل أن يقضيه في المنع من القسمة الا أن يقضوه بالحصص فان فعلوا ذلك قبل نقض القسمة فالقسمة مافيه ولوكان صاحب الوصية أقام البينة على أنه أوصى له بالثلث أبطلت القسمة لان الموصي له بالثلث شريك الورثة فى التركة حتى تزداد حصته بزيادة التركة وتنقص بنقصان التركة فثبوت وصيته بالبينة كظهور وارث آخر لم يكن معلوما وقت القسمة فتنتقض القسمة لحقه واذا كانت القرية وأرضها بين رجلين بالشراء فمات أحد وترك نصيبه ميراثا فاقام ورثته البينة على الميراث وعلي الاصل وشريك أبيهم غائب لم يقسم حتى يحضر الغائب لان حضور ورثة الميت لوكان حيا وقد بينا فى الشركة فى المشتراة ان غيبة بعض الشركاء يمنع القاضي من القسمة وان قامت البينة على الشراء فهذا مثله ولوحضر الغائب وغاب بعض الورثة قسمها بينهم لان من حضر من الورثة قائم مقام الميت وحضوره كحضور الميت لو كان حيا ولان بعض الورثة فى التركة خصم عن البعض وحضور بعضهم كحضور جماعة اما وارث الميت لايكون خصما عن شريكه المشترى معه فلهذا لا يشتغل بالقسمة عند غيبة الشريك ولو كان الأصل بين رجلين ميراثا من أبيهما فمات أحدهما وترك نصيبه ميراثا بين ورثته فحضروا وغاب عمهم وأقاموا البينة على أصول ميراث الجد قسمتها بينهم ويعزل نصيب عمهم وكذلك لوكان عمهم حاضرا وغاب بعض بنى أخيه لان الأصل ميراث هنا وفي الميراث بعض الورثة يكون خصما عن البعض فيجعل حضور بعضهم كحضور جماعتهم للقسمة عند اقامة البينة ويعزل نصيب كل غائب من ذلك كما لو كانت الشركة بالميراث بينهم من رجل واحد واذا اقتسم القوم القرية وهى ميراث بينهم بغير قضاء قاض وفيهم صغير ليس له وصى أو غائب ليس له وكيل لم تجز القسمة لانه لاولاية لهم على الغائب والصغير والظاهر أن نظرهم لانفسهم فى هذه القسمة فوق نظرهم للغائب والصغير بخلاف القاضى اذا قسم بينهم فله ولاية النظر على الصبي والغائب والظاهر انه ينظر له شفقة لحق الدين بعجزه عن النظر لنفسه وكذلك لو اقتسموها بامر صاحب الشرط أوعامل غير القاضى كالعامل على الرستاق أو الطسوج على الخراج أوعلى المعونة لانه لاولاية لهؤلاء على الغائب والصغير فوجود أمرهم كعدمه وكذلك لورضوا بحكم بعض الفقهاء فسمع من بينتهم على الأصل والميراث ثم قسمها بينهم بالعدل وفيهم صغير لا وصى له أوغائب لا وكيل له لم تجز لان الحكم لاولاية له على الغائب والصبى فانه صار حكما بتراضى الخصوم فيقتصر ولايته على من وجد منه الرضا بحكمه فان أجاز الغائب أو

كبر الصبي فاجاز فهو جائز لان هذا العقد مجيزا حال وقوعه (ألا ترى) أن القاضي لو أجاز جاز وهو نظير مالو باع إنسان مال الصبي فكبر الصبي وأجاز ذلك وان مات الغائب أو الصغير فاجاز وارثه لم يجز في القياس وهو قول محمد رحمه الله لان الملك حادث للورثة فلا تعمل اجازة الوارث كمالو باع إنسان ماله وأجاز وارثه بعد موته البيع لم يجز ذلك لهذا المعنى وفى الاستحسان يجوز وهو قولهما لان الوارث يخلف المورث فأجازته بعد موته كاجازة المورث فى حياته وحرف الاستحسان وبه يتضح الفرق بين هذا وبين سائر التصرفات أن الحاجة الى القسمة قائمة بعد موت المورث كما كان في حياته فلو نقضت تلك القسمة احتيج الى اعادتها فى الحال بتلك الصفة وانما تكون اعادتها برضى الوارث فلا فائدة فى نقضها مع وجود الاجازة منه لتعاد برضاه بخلاف البيع فانا لو نقضنا ذلك البيع عند الموت لاتقع الحاجة الى اعادته فالبيع لايكون مستحقا في كل عين لامحالة فلهذا لا يعمل اجازة الوارث فيه بعد تعين جهة البطلان فيه بموت المورث والله أعلم

باب قسمة الحيوان والعروض

(قال رحمه الله واذا كانت الغنم بين قوم ميراثا أو شراء فاراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم وقامت البينة علي الاصل فان القاضى يقسمها بينهم) لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتقارب في المقصود فيغلب معنى التمييز فى هذه القسمة علي معنى المعاوضة وبمعنى التمييز يثبت للقاضي ولاية اجبار بعض الشركاء عليه وكذلك كل صنف من الحيوان أو غيره من الثياب أو مايكال أو يوزن فعند اتحاد الجنس يجبر القاضى على القسمة عند طلب بعض الشركاء الا في الرقيق فان أبا حنيفة رحمه الله يقول لا يقسم الرقيق بينهم اذا كره ذلك بعضهم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم ذلك بينهم بطلب بعضهم لان الرقيق جنس واحد اذا كانوا ذكورا أو إناثا ومراعاة المعادلة في المنفعة ممكن لتقارب المقصود فيقسمها بينهم عند طلب بعضهم كما في سائر الحيوانات (ألا ترى) أن الرقيق كسائر الحيوانات فى سائر العقود من حيث أنها تثبت فى الذمة مهرا ولا تثبت سلما فكذلك فى القسمة يجعل الرقيق كسائر الحيوانات والدليل عليه أن الرقيق يقسم فى الغنيمة كسائر الاموال فكذلك فى القسمة بين الشركاء وأبو حنيفة رحمه الله يقول التفاوت فى الرقيق أظهر منه فى الاجناس المختلفة فان الاجناس

المختلفة قد تتفاوت فى المالية والرقيق يتفاوت تفاوتا فاحشا ثم قسمة الجبر لاتجري في الاجناس المختلفة فكذلك فى الرقيق وهذا لان المعتبر المعادلة فى المالية والمنفعة وذلك يتفاوت فى الآدمى باعتبار معانى باطنة لا يوقف عليها حقيقة كالذهن والكتابة وقد يرى الانسان من نفسه ماليس فيه حقيقة أو أكثر مما هو فيه فيتعذر اعتبار المعادلة فى المالية وبترجح معنى للمعاوضة فى هذه القسمة على معنى التمييز فلا يجوز الا بالتراضى والدليل على الفرق بين الرقيق وسائر الحيوانات أن الذكور والاناث فى سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق هما جنسان حتى اذا اشترى شخصا على أنه عبد فاذا هى جارية لم يجز الشراء بخلاف سائر الحيوانات وما كان ذلك الا باعتبار معنى التفاوت وهذا بخلاف قسمة الغنيمة فانها تجري فى الاجناس المختلفة وكان المعنى فيه أن حق الغانمين فى معنى المالية دون العين حتى كان الامام بيع المغانم وقسمة الثمن فانما يعتبر اتصال مقدار من المالية الى كل واحد منهم فاما فى الشركة الملك حق الشركاء فى العين والمالية فللامام حق التمييز بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فاذا كان يتعذر اعتبار المعادلة هنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضى ولاية الاجبار على القسمة الا أن يكون مع الرقيق شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع فحينئذ يقسم ذلك كله وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة أنه يقسم ذلك برضاء الشركاء فاما مع كراهة بعضهم القاضى لايقسم لانه اذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لايقسم قسمة الجبر عند أبى حنيفة رحمه الله فعند اختلاف الجنس أولى والاظهر أن قسمة الجبر هنا تجري عند أبى حنيفة رحمه الله باعتبار أن الجنس الآخر الذى هو مع الرقيق يجعل أصلا فى القسمة وحكم القسمة جبرا يثبت فيه فيثبت فى الرقيق أيضا تبعا وقد يثبت حكم العقد فى الشيء تبعا وان كان لايجوز اثباته فيه مقصودا كالشرب والطريق فى البيع والمنقولات فى الوقت وكانه استحسن ذلك لانه قل ما تخلو تركة يحتاج فيها الى قسمة القاضي عن الرقيق واذا كان مع الرقيق شيء آخر فباعتبار المعادلة فى المالية يتيسر بخلاف ما اذا كان الكل رقيقا فعند مقابلة الرقيق بالرقيق يعظم الغبن والتفاوت وعند مقابلة الرقيق بمال آخر يقل التفاوت وان كان الذى بين الشركاء ثوب زطي وثوب هروى وبساط ووسادة لم يقسمه الا برضاهم لان فى الاجناس المختلفة القسمة تكون بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين يتملك على شريكه نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عما يملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفى المعاوضات لا بد من

التراضي فان كان في الميراث بينهم رقيق وثياب وغنم ودور وضياع فاقتسموها بينهم وأخذ كل واحد منهم صنفا جاز ذلك لوجود التراضي منهم على انشاء المعاوضة وان رفعوا الى القاضي قسم كل صنف بينهم على حدة ولا يضيف بعضها الى بعض لان للقاضي ولاية التمييز بالقسمة وانما يثبت معنى التمييز اذا قسم كل واحد من صنف على حدة ولان القاضي يعتبر المعادلة في كل ما يتهيأ له اعتباره وقسمة كل صنف على حدة أقرب الى المعادلة فأما اتفاقهم على القسمة يعتمد التراضي دون المعادلة واذا تمت بتراضيهم بعد ذلك كيف وقعت القسمة واذا كانت الغنم بين رجلين فقسماها نصفين ثم أقرعا فأصاب هذا طائفة وهذا طائفة ثم ندم أحدهما وأراد الرجوع فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بخروج السهام وكذلك لو رضيا برجل قسمها ولم يألوا أن يعدل في ذلك ثم أقرع بينهما فهو جائز عليهما لان فعله بتراضيهما كفعلهما وان تساهموا عليها قبل أن يقسموها فأيهم خرج سهمه عدوا له الأول فالاول فهذا يجوز لانه مجهول لا يعرف ما يصيب كل واحد منهم بالقسمة وفي القسمة معنى البيع فالجهالة التي تفضي الى المنازعة تفسدها كما تفسد البيع وان كان في الميراث ابل وبقر وغنم فجعلوا الابل قسما والغنم قسما والبقر قسما ثم تساهموا عليها وأقرعوا على أن من أصابه الابل رد كذا درهما على صاحبيه نصفين فهو جائز لان القسمة لا تتم بينهم الا بخروج القرعة وعند ذلك من وجب عليه الدراهم ومن وجب له معلوم بخلاف الاول فهناك عند خروج القرعة ما يأخذه كل واحد ممن خرجت القرعة باسمه مجهول فيما يتفاوت فان ندم أحدهم بعد ما وقعت السهام لم يستطع نقض ذلك لان القسمة تمت بالتراضي فان رجع عن ذلك قبل أن يقع السهام فله ذلك لان القسمة لم تتم بعد ونفوذ هذه القسمة باعتبار المراضات فيعمل الرجوع من كل واحد منهم قبل تمامها كما في البيع يصح الرجوع بعد الايجاب قبل القبول وكذلك ان وقع سهم وبقي سهمان فرجع عن ذلك جاز رجوعه وان وقعت السهام كلها الا سهم واحد لم يكن لبعضهم أن يرجع بعد ذلك لان القسمة قد تمت فبخروج سائر السهام يتعين ما يصيب السهم الباقي خرج أو لم يخرج وان كان الثوب بين رجلين فاراد أحدهما قسمته لم يقسم لان في قسمته ضررا فانه يحتاج الى قطع الثوب بينهما وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا القاضي لا يفعل ذلك وان تراضيا عليه ولكن ان اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان في هذه

القسمة اتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف وقد تقدم نظيره فيما لا يحتمل القسمة كالحمام وغيره فان اقتسماه فشقاه طولا أو عوضا بتراض منهما فهو جائز وليس لواحد منهما ان يرجع بعد تمام القسمة وان كانت الثياب بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم ثوب تام فان القاضي لا يقسمها بينهم لانها تحتاج الى القطع وفيه اتلاف جزء وان تراضوا بينهم على شيء جاز ذلك ولو كانت ثلاثة أثواب بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فاني انظر في ذلك ان كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بان تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث فان القاضي يقسمها بينهما فيعطى أحدهما ثوبين والآخر ثوبا وان كان لا يستقيم لم أقسمها بينهم الا ان تراضوا فيما بينهم على شيء هكذا قال فى الكتاب والاصح أن يقال ان استوت القيمة وكان نصيب كل واحد منهما ثوب ونصف فانه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا وكذلك ان استقام أن يجعل أحد القسمين ثوبا وثلثي الآخر والقسم الآخر ثوبا وثلث الآخر أو أحد القسمين ثوبا وربعا والآخر ثوبا وثلاثة أرباع فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا لانه تيسير عليه التميز فى بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل كان يقسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك اذا تيسر ذلك فى البعض والله أعلم بالصواب

باب الخيار فى القسمة

(قال رحمه الله واذا اقتسما الشريكان عقارا أو حيوانا أو متاعا ولم يرأحدهما قسمه الذى وقع له ثم رآه فهو بالخيار ان شاء رد القسمة وان شاء أمضاها) واعلم بان هذه المسائل فى قسمة يتفقان عليها دون مايفعله القاضى فله ولاية اجبار الشركاء عند طلب بعضهم فلا معنى لاثبات خيار الرؤية فاما فيما لا يتفقان عليه القسمة تعتمد التراضي كالبيع فكما أن فى البيع الرضا لا يتم الا برؤية العين الذي يدخل فى ملكه فكذلك فى القسمة والمكيل والموزون والذهب التبر وأوان الذهب والفضة والجواهر فى ذلك كله سواء واذا كانت الفا درهم بين رجلين كل الف فى كيس فاقتسما على أن أخذ أحدهما كيسا والآخر أخذ الكيس الآخر وقد رأى أحدهما المال كله ولم يره الآخر فالقسمة جائزة على الذى رآه وعلي الذى لم يره ولا خيار لواحد منهما فى ذلك على قياس البيع فان عدم الرؤية فى الثمن لا يثبت الخيار للبائع فكذلك فى القسمة والمعنى ان الدراهم والدنانير اثمان محضة ولا مقصود في عينها انما المقصود الثمنية وبمعرفة المقدار

يصير المقصود معلوما على وجه لايتفاوت ضم الرضا به قبل الرؤية بخلاف سائر الاعيان الا أن يكون قسم الذى لم ير المال شرهما فيكون له الخيار لانه انما رضي بقسمه على أن يكون فى الصفة مثل ما أخذه صاحبه فاذا كان دون ذلك لم يتم رضاه فيخير فى ذلك كما لو رأى عند الشراء جزءا من المكيل أو الموزون ثم كان مابقى شرا مما رأى فانه يثبت له الخيار فاذا اقتسم الرجلان دارا وقد رأى كل واحد منهما ظاهر الدار وظاهر المنزل الذى أصابه ولم ير جوفيه فلا خيار لهما إلا على قول زفر رحمه الله وقد بينا المسئلة فى البيوع ان برؤية الظاهر من حيطان الدار المشتراة يسقط خيار الرؤية عندنا ولا يسقط عند زفر رحمه الله مالم يدخلها فكذلك القسمة وكذلك ان اقتسما بستانا وكرما فأصاب أحدهما البستان والآخر الكرم ولم ير واحد منهما الذى أصابه ولا رأى جوفه ولانخله ولاشجره ولكنه رأى الحائط من ظاهره فلا خيار لواحد منهما ورؤية الظاهر مثل رؤية الباطن وبه يتبين أن قول من يقول جوابه فى الدار بناء على دور الكوفة فانها لاتتفاوت الافى السعة والضيق ضعيف جدا ففى البستان المقصود يتفاوت بتفاوت الاشجار والنخيل ولم يشترط رؤية شئ من ذلك عرفنا ان المعنى فيه انما يتعذر الاستقصاء برؤية كل جزء منه مقام رؤية الجميع في اسقاط خيار الرؤية وكذلك فى الثياب المطوية يجعل رؤية جزء من ظاهر كل ثوب كرؤية الجميع فى اسقاط الخيار واشتراط الخيار فى القسمة جائز فهو فى البيع لانها في اعتبار تمام الرضا كالبيع وفي احتمال الفسخ كذلك والخيار بعدم تمام الرضا فانما يشترط الفسخ أولئلا يثبت صفة اللزوم مع بقاء الخيار فى جانب من شرط الخيار لنفسه فان مضت الثلاثة ثم ادعى أحدهما الرد بالخيار في الثلاثة وادعي الآخر الاجازة فالقول قول مدعى الاجازة لان مضى المدة قبل ظهور الفسخ متمم للعقد فمن يدعى الاجازة يتمسك بما يشهد له الظاهر به وان أقاما البينة فالبينة بينة من يدعى الرد لان بينته تثبت الفسخ وهو المحتاج الى الاثبات دون صاحبه وسكنى الدار التى وقعت فى سهم صاحب الخيار رضا منه بها وابطال للخيار وقد بينا اختلاف الروايات في هذه المسئلة فى البيوع وان مراده حيث يقول ذلك رضا منه اذا تحول اليها وسكنها بعد القسمة وحيث يقول لايكون رضا اذا كان ساكنا فيها فاستدام السكنى وكذلك ان بنى أوهدم فيها شيئا أو جصصها أوطين فيها حائطا أوذرع الارض أوسقاها أوقطف الثمرة أوغرس الشجر أو لقح النخل أوكسح الكرم فهو كله رضا لانه تصرف لايفعل عادة الا فى الملك ومباشرته دليل الرضا بملكه فى ذلك المحل ودليل

الرضا كصريح الرضا فى سقوط الخيار به ويجوز قسمة الأب على الصغير والمعتوه في كل شيء
مالم يكن عليهمافيه غبن فاحش لان له ولاية البيع عليهما مالم يكن فيه غبن فاحش ويجعل رضاه
فى ذلك كرضاهما أن لوكانا من أهـل الرضا فكذلك فى القسمة وكذلك وصي الاب فى ذلك
قائم مقام الاب بعد موته فكذلك الجد أب الاب اذالم يكن وصيا ويجوز قسمة وصى الام
اذالم يكن أحد من هؤلاء فيما سوى العقار من تركة الام لانه قائم مقام الام فى ذلك وتصرفها
فى ملك ولدها الصغير بالبيع صحيح فيما سوى العقار فكذلك تصرف وصيها بعدها وهذا لان
لها ولاية الحفظ والبيع والقسمة فيما سوى العقار فيه معنى الحفظ ولا يوجد ذلك في العقار
وكذلك وصي الاخ والعم وابن العم فى ميراثه منهـم ولا يجوز فيـه قسمته فى ميراثه من
غيرهم لان الوصى قائم مقام الموصى فيثبت له ولاية الحفظ عليه فيما ورث منه ولان فى حفظ
ذلك منفعة للموصي فانه اذا ظهر عليه دين يباع ذلك في دينه وليس له ولاية الحفظ فيما ورث
من غيره كما لم يكن للموصي فيه ولاية وهذا ليس فى حفظه معنى النظر للموصي انما فيه معنى
النظر لليتيم ولا ولاية لوصى العم وابن العم على اليتيم وهذا بخلاف وصى الاب فقد كان للاب
ولاية على الصغير فى جميع ذلك ووصيه بعده يقوم مقامه واذا كان له أب أو وصى أوجد لم
تجز قسمة وصى هؤلاء فيما سـوى العقار في تركتهم عليه لان الاب قائم مقامه أن لو كان
حاضراً بالغا وعند ذلك لا يكون لوصى هؤلاء عليه ولاية القسمة في شيء من ذلك فكذلك اذا
كان له أب يقوم مقامه وهذا لان نظر الاب له يكون عن شفقة وافرة وولاية كاملة كنظره
لنفسه ولا حاجة مع وجوده الى اعتبار نظر وصى العم له بخلاف حال عـدم الاب والوصى
ويجوز قسمة وصى الاب على الابن الكبير الغائب فيما سوى العقار لانه قائم مقام الاب فيما
يرجع الى حفظ تركته والقسمة فيما سوى العقار ترجع الى حفظ التركة ولا تجوز قسـمة
الام والعم والاخ والزوج على امرأته الصغيرة والكبير الغائب وان لم يكن لاحد منهم أب
ولا وصى أب لانه لا ولاية لاحد من هؤلاء على الصغير فلا ينفذ تصرفه من حيث القسمة
والبيع عليه وقد بينا انه انما ينفذ عليه من قسمة هؤلاء فيما يرجع الى الحفظ من تركة الموصى
خاصة دون غيره فاما فى سائر أموال الصغير هم ووصيهم كالاجانب ولا يجوز قسمة الكافر
والمملوك والمكاتب على ابنه الحر الصغير المسلم لانه لا ولاية له عليه فالكفر والرق يخرجه من
الاهلية للولاية على المسلم ولا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وان كان يعوله لانه لا ولاية له

عليه فى التصرف في ماله بيعا وشراء فالقسمة مثله والوصي الذي يقيمه القاضي فى أمر اليتيم بمنزلة وصي الاب اذا جعله وصيا فى كل شئ لان له ولاية كاملة على الصغير نعم المال والنفس جميعا كولاية الأب فوصيه أيضا كوصي الاب وان جعله وصيا في النفقة خاصة أو فى حفظ شئ عنده لم تجز قسمته لان نصيب القاضي اياه وصيا قضاء منه والقضاء يقبل التخصيص وهذا بخلاف ما اذا جعله الاب وصيا فى شئ خاص لان ايصاء الاب اليه اثبات الولاية بعد موته والولاية لا تحتمل التجزى والمعنى فى الفرق أن قسم القاضي يتصرف مع بقاء رأى القاضي فلا حاجة الى اثبات ولايته من غير ما أمر القاضي به لتمكن القاضي من النظر فى ذلك بنفسه له فيكون من هذا الوجه نصيب القيم بمنزلة الوكيل فاما وصي الاب انما يتصرف بعد موت الاب وزوال تمكنه من النظر لنفسه فالحاجة تمس الى تعميم ولايته فيما يحتاج الصبي الى من ينظر فيه له ومن وجد من الشركاء بنصيبه عيبا بعد تمام القسمة كان له أن يرده بالعيب وينقض القسمة ان كان شيئا واحدا أو كان مكيلا أو موزونا كما ينقض البيع بالرد بالعيب وسواء كانت القسمة باصطلاحهما أو بحكم الحاكم لان الحاكم انما يميز نصيب كل واحد منهما فيما أعطاه على أنه سليم من العيب فيثبت لكل واحد منهما استحقاق السلامة عن العيب سواء كانت القسمة بالتراضى أو بقضاء القاضي فبوجود العيب يفوت ما كان مستحقا له فيتخير لذلك (قال وان كان الذى أصابه عدد من الغنم أو الثياب رد الذى به العيب خاصة بعد القبض كما هو فى البيع فانه لو اشترى شاتين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة فهذا مثله ويكون المردود بينه وبين أصحابه لانتقاض القسمة فيه بالرد ويرجع فى جميع ما أصابهم بقدر ذلك) لان عند الرد بالعيب يكون رجوعه بعوض المردود والعوض حصته هنا مما أصابهم فيرجع عليهم بقدر ذلك كما يرجع في البيع بالثمن اذا رد المبيع بالعيب وان أصابه دار أو خادم فسكن الدار بعد ما رأى العيب أو استخدم الجارية لم يكن هذا رضا بالعيب استحسانا وفى القياس هو رضا لانه تصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه عادة فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرير ملكه وهو كالعرض على البيع أو زراعة الارض أو طحن الطعام أو قطع الثوب بعد العلم بالعيب ولكنه استحسن فقال الاستخدام والسكنى قد يفعله الانسان فى ملك الغير عادة باذن المالك وبغير اذن المالك فلا يكون ذلك دليل الرضا ولانه يفعل ذلك على سبيل الاختيار لينظر أن هذا العيب هل يمكن نقصانا فى مقصوده أولا فلا يجعل ذلك دليل الرضا منه وقيل جوابه هنا فى السكنى

بناء على احدي الروايتين فى السكنى مدة خيار الشرط اذ لافرق بين الفصلين ومنهم من فرق فقال حقه هنا فى المطالبة بالجزء الفائت وفى اسقاط حقه اضرار به ومجرد السكنى منه لا يكون رضا بالتزام الضرر فاما فى خيار الشرط حقه في الفسخ فقط وفي جعل السكنى بمنزلة الرضا اسقاط لحقه فى الفسخ ولكن ليس فى ذلك كثير ضرر (ألا ترى) أنه اذا تعذر رده بخيار الشرط لايرجع بشئ وان تعذر رده بالعيب رجع بحصته من الثمن واذا ركب الدابة أو لبس الثوب أو سقى الزرع فهذا رضاء بالعيب لانه تصرف لا يفعله الانسان الا فى ملكه عادة وان لبس الثوب لينظر الى قده أو قال قدره فهذا رضاء بالعيب وليس برضا فى الخيار لانه انما يشترط الخيار لهذا حتى ينظر أنه صالح له أم لا ولا يعرف ذلك الا باللبس فلهذا لايجعل ذلك دليل الرضا منه بسقوط الخيار وفي العيب ثبوت الخيار له لفوات صفة السلامة وتمكن النقصان في المالية ولا تأثير للبس فى معرفة ذلك فكأن لبسه الثوب بعد العلم بالعيب دليل الرضا بملكه واذا باع ماأصابه بالقسمة من الدار ولا يعلم بالعيب فرد المشترى عليه بذلك العيب فان قبله بغير قضاء القاضي فليس له أن ينقض القسمة لان هذا بمنزلة الاقالة والاقالة فى حق شريكه كالشراء المبتدا وان قبله بقضاء قاض فله أن ينقض القسمة والبينة في ذلك واباء اليمين سواء لانه فسخ لبيعه من الاصل فعاد من الحكم ما كان قبله وان كان المشترى هدم من الدار شيئا قبل أن يعلم بالعيب لم يكن له أن يردها ولكن يرجع على البائع بنقصان العيب ولا يرجع البائع على شريكه بشيء لانه تعذر الرد عليه باعتبار اخراجه نصيبه من ملكه وفى نظيره فى البيع اختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله موضع بيانه كتاب الصلح فينبغى أن يكون الجواب في القسمة كذلك وان كان الشريك هو الذى هدم شيئا منه ولم يبعه ثم وجد به عيبا رجع بنقصان العيب فى أنصباء شركائه الا أن يرضوا بنقض القسمة ورده بعينه مهدوما لانه تعذر الرد لدفع الضرر عنهم فاذا رضوا بذلك رد عليهم واذا أبوا أن يرضوا به فكما يجب النظر لهم يجب النظر لمن وقع فى سهمه فلهذا يثبت له حق الرجوع بنقصان العيب على شركائه فى أنصبائهم والله أعلم

باب الاستحقاق فى القسمة

(قال رحمه الله واذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقتسماها فاخذ أحدهما الثلث من

مقدمها وقيمته ستمائه وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها وقيمته ستمائة وهى ميراث بينهما أو أوشراء ثم استحق نصف مافى يدى صاحب المقدم فان أبا حنيفة رحمه الله قال فى هذا يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع مافى يده وقيمة ذلك مائة وخمسون درهما ان شاء وان شاء نقض القيمة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرد مافى يده ويبطل القسمة فيكون ما بقى فى أيديهما بينهما نصفين وفى رواية أبى حفص رحمه الله ذكر محمد مع أبى حنيفة وهو الاصح فقد ذكر ابن سماعة انه كتب الي أبي محمد يسأله عن قوله فى هذه المسئلة فكتب اليه أن قوله كقول أبى حنيفة رحمه الله وجه قول أبى يوسف رحمه الله أن استحقاق نصف ما فى يد صاحب المقدم شائعا ظهر لهما شريك ثالث فى الدار والدار المشتركة بين ثلاثة نفر اذا اقتسمها اثنان منهم لا تصح القسمة كما لو استحق المستحق ربع الدار شائعا يوضحه ان استحقاقه الدار وان كان من نصيب صاحب المقدم خاصة فذلك يؤدى الى الشيوع فى الكل لانه اذا أخذ المستحق نصف مافى يد صاحب المقدم رجع بحصته ذلك فيما فى يد صاحب المؤخر فيكون ذلك بمنزلة مالو كان المستحق جزءا شائعا فى الكل وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ان القسمة في معنى البيع واستحقاق بعض المبيع لا يبطل البيع فيما بقى ولكن يثبت الخيار للمشترى بين نقض البيع فى الباقى وبين الرجوع بعوض المستحق كما لو اشترى نصف داره فاستحق ذلك النصف فكذلك فى القسمة ولئن كان بطريق التمييز فهو أبعد عن الانتقاض فيما بقي باستحقاق بعضه وهذا لان ماتبين بالاستحقاق لا يمنع ابتداء القسمة فانه لو كان مؤخر الدار بين شريكين ولهما شريك ثالث فى نصف المقدم بنصفه فاقتسما على أن أخذ أحدهما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر وأخذ الآخر مابقى كان ذلك جائزا وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بطريق الاولى بخلاف ما اذا كان المستحق جزءا شائعا فى جميع الدار لان استحقاق ذلك لو كان ظاهرا لم تجز القسمة بينهما ابتداء فكذلك لا يبقى وبهذا تبين ان هذا بمنزلة مالو استحق من المقدم بيت بعينه فكما أن هناك لا تبطل القسمة فيما بقى فكذلك هنا وانما يرجع صاحب المقدم على شريكه بربع مافى يده اذا اختار امضاء القسمة لانه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بنصف مافي يده فاذا كان المستحق نصفه يرجع عليه بنصف نصف مافى يده يوضحه ان جميع قيمة الدار ألف ومائتى درهم وباستحقاق نصف المقدم يتبين ان المشترك بينهما تسعمائة فحق كل واحد منهما فى أربعمائة وخمسين والذى بقى فى يد

صاحب المقدم يساوي ثلثمائة ومافي يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة فيرجع عليه بربع ما في يده وقيمته مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد منهما مايساوي أربعمائة وخمسين فلو كان صاحب المقدم باع نصف مافي يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع في قول أبي حنيفة رحمه الله على صاحبه بربع مافي يده ان كان الذي باع بألف درهم أو بعشرة دراهم وعند أبي يوسف رحمه الله يرجع فيما في يد صاحبه من الدار فيكون بينهما نصفين ويضمن نصف قيمة ماباع لصاحبه وفي قول محمد رحمه الله اضطراب كما بينا وهذا بناء على الفصل الاول عند أبي يوسف رحمه الله يتبين بالاستحقاق ان القسمة كانت فاسدة والمقبوض بالقسمة الفاسدة ينفذ البيع فيه كالمقبوض بالشراء الفاسد ويكون مضمونا بالقيمة فلهذا يضمن نصف قيمة ما باع لشريكه وما في يد صاحب المؤخر بينهما نصفان وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة فيما بقي وكان له الخيار في بعض القسمة فبالبيع سقط خياره ويتعين حقه في الرجوع بعوض المستحق وذلك ربع مافي يد صاحب المؤخر كما بينا وكذلك أرض بين رجلين نصفان وهي مائة جريب فاقتسما على أن أخذ أحدهما بحقه عشرة أجربة تساوي ألف درهم ثم باع كل واحد منهما الذي أصابه بأقل من قيمته أو أكثر ثم استحق جريب من العشرة الاجربة فرد المشتري ما بقي منهما على البائع ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يرجع على صاحب التسعين جريبا بخمسين درهما وفي قول أبي يوسف رحمه الله تكون التسعة الاجربة بينهما نصفين ويضمن صاحب التسعين جريبا خمسمائة درهم لصاحبه لان عند أبي يوسف رحمه الله يتبين فساد القسمة باستحقاق مقدار جريب من العشرة شائعا وبيع صاحب العشرة الاجربة قد انفسخ من الاصل برد الباقي عليه بعيب التبعيض وكأنه لم يبع ذلك فهي بينهما نصفين وصاحب التسعين جريبا قد باع ماقبضه بقسمة فاسدة فينفذ بيعه ويضمن نصف قيمته لصاحبه بقدر حصته وذلك خمسمائة درهم وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة وتبين بالاستحقاق أن المشترك بينهما مايساوي ألفا وتسعمائة لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون والسالم للذي أخذ عشرة أجربة تسعمائة ولصاحبه الف فيرجع على صاحبه بخمسين درهما لانه قد باع ما في يده واذا رجع بذلك سلم لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون واذا كانت مائة شاة بين رجلين فاقتسماها على ان أخذ أحدهما أربعين منها ماتساوي خمسمائة وأخذ الآخر منها ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة

دراهم فى الستين شاة عندهم جميعا وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا و بين ما سبق باعتبار
أن المستحق شاة بعينها فلا يوجب ذلك نقض القسمة فيما بقي وتبين أن المشترك بينهما
تسعمائة وتسعون درهما والذي سلم لاخذ الاربعين ما يساوى أربعمائة وتسعين ولصاحب
الستين مايساوى خمسمائة فيرجع عليه بمقدار الخمسة لتكون حصة كل واحد منهما مايساوي
أربعمائة وخمسة وتسعين وانما يرجع بذلك فى الستين شاة لانها باقية في يده فيضرب هو فى
الستين بخمسة دراهم وصاحبه باربعمائة وخمسة وتسعين فالسبيل أن يجعل كل خمسة بينهما
فيكون الستين سهما على مائة سهم للمتسحق عليه سهم ولصاحب الكثير تسعة وتسعون
سهما منها وفى ظاهر الرواية ليس للمستحق عليه أن ينقض القسمة فيما بقي كما لو اشترى
عددا من الغنم فاستحق واحد منها بعد القبض وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن
ينقض القسمة فيما بقي وهكذا فى البيع ليفرق الصفقة عليه فالعقد فى المستحق يبطل من الاصل
فلا فرق بينهما بعد القبض وقبله واذا كان كر حنطة بين رجلين نصفين عشرة أقفزة منها
طعام جيد على حدة وثلاثون قفيزا رديء على حدة فأراد أحدهما أن يأخذ العشرة بحقه ويأخذ
شريكه الثلثين بحقه لم يصح ذلك لان فى هذه القسمة معنى البيع ومبادلة الحنطة بجنسها
متفاضلا ربا فان رد الذى أخذ الثلاثين قفيزا ثوبا بعينه علي صاحبه واقتسما على ذلك جاز بناء
علي أصلنا أن الفضل يجعل بمقابلة الثوب احتيالا لتصحيح العقد وان استحق من الثلاثين
عشرة مخاتيم فانه يرجع عليه بنصف الثوب وفى زيادات الزيادات (قال) فى هذه المسئلة يرجع
بثلث الثوب وسدس الطعام الجيد وقيل ماذكر ثمة جواب القياس وما ذكر فى كتاب القسمة
جواب الاستحسان وجه القياس أنه لو استحق جميع الطعام الرديء يرجع على صاحبه بجميع
الثوب ونصف الطعام الجيد والعشرة ثلث الثلاثين فعند استحقاق العشرة يرجع بثلث ذلك
اعتبارا للبعض بالكل وبيان المعنى فيه أن عشرة من الثلاثين أخذها باعتبار ملكه وعشرة
بالمقاسمة بمقابلة العشرة التى أخذها صاحبه وعشرة عوضا عن الثوب والعشرة المستحقة
شائعة فى الكل ثلثها فيما أخذ بقديم ملكه فلا يرجع فيه على أحد بشيء والثلث مما أخذه عوضا
عن الثوب فيرجع بعوضه وهو ثلث الثوب والثلث مما أخذه بالمقاسمة فيرجع بما يقابله من
الطعام الجيد بقدر حصته وذلك قفيز وثلثا قفيز لان العشرة كلها لو استحقت رجع عليه بخمسة
أقفزة فاذا استحق الثلث رجع عليه بثلث الخمسة وثلثها قفيز وثلث قفيز سدس الطعام الجيد

ووجه الاستحسان أن المستحق انما يجعل شائعا فى الكل اذا استوت الجهالة فاما اذا تفاوتت فلا
كما اذا باع ثوبا وقلبا وزنه عشرة دراهم بعشرين درهما وتقابضا ثم استحقت عشرة من العشرين
فان المستحق يجعل من ثمن الثوب خاصة لانه لو جعل بعضه من ثمن القلب بطل العقد فى القلب
بقدره ولو جعل من ثمن الثوب لم يبطل العقد فى شئ من القلب فيجعل ذلك من ثمن
الثوب لابقاء العقد صحيحا حين لم تثبت المساواة فهنالك كذلك لان المقصود بالقسمة التميز
والمعاوضة فيها بيع ولا مساواة بين المقصود والبيع فلا يجعل شئ من المستحق مما أخذه
بالمقاسمة لابقاء معنى التميز بحسب الامكان ولو جعل شئ من المستحق بمقابلة العشرة التى
أخذها بالقسمة تنتقض القسمة فيحتاج الى اعادتها ثانية فلا يجعل شئ بمقابلة كيلا ينتقض
واذا جعلنا المستحق ماوراء العشرة المقسومة يكون النصف من العشرة المشتراة والنصف
العشرة الموزونة لم يرجع به على أحد وما أخذ من العشرة المأخوذة على وجه الشراء رجع
بحصته من الثمن وثمنه نصف الثوب فلهذا يرجع عليه بنصف الثوب ولكن يجعل المستحق
نصف العشرين الذى أخذه بمقابلة الثوب وعشرة من تلك العشرين أخذها بقديم ملكه
وعشرة عوضا عن الثوب فنصف المستحق مما كان بمقابلة الثوب فلهذا يرجع بنصف الثوب
خاصة واذا كان كر حنطة وكر شعير بين رجلين فاقتسماه فاخذ أحدهما ثلاثين مختوما حنطة
رديئة وعشرة مخاتيم شعيرا جيدة وأخذ الآخر عشرة مخاتيم حنطة جيدة وثلاثين مختوما
شعيرا رديئا ثم استحق نصف الشعير الردىء فانه يرجع عليه بربع عشرة مخاتيم حنطة وهذا
غلط بين فان العشرة المخاتيم حنطة جيدة فى يد المستحق عليه فكيف يرجع بربعه والصحيح
مافى النسخ العتيقة أنه يرجع بربع المخاتيم حنطة يعنى بثلاثين مختوما حنطة رديئة التى أخذها
صاحبه يرجع بربع ذلك وهو سبعة اقفزة ونصف وهو جواب الاستحسان وفى القياس على
ماذكره فى زيادات الزيادات يرجع عليه بخمسة أقفزة حنطة رديئة وقفيزين ونصف شعير جيد
وجه القياس انه لو استحق جميع الشعير الردىء من يده رجع على صاحبه بثلث الحنطة الرديئة
عشرة أقفزة ونصف الشعير الجيد خمسة أقفزة فان استحق نصف الشعير الردىء يرجع بنصف
كل واحد منهما وبيانه من حيث المعنى انه أخذ الثلاثين قفيزا شعيرا رديئا عشرة بقديم ملكه
وعشرة بالمقاسمة فقد أخذ صاحبه عشرة أقفزة شعيرا جيدا وعشرة بالمعاوضة وعوضه عشرة
أقفزة من الحنطة الرديئة التى أخذها صاحبه من نصيبه فاذا استحق النصف كان ثلث المستحق

مما أخذه بقديم ملكه فلا يرجع باعتباره على أحد بشيء وثلثه مما أخذه صاحبه بالمعاوضة فيرجع بعوضه على صاحبه وذلك خمسة أقفزة من الحنطة الرديئة وثلثه مما أخذه بالمقاسمة فيرجع على صاحبه بنصف ذلك قدر حصته من الشعير الجيد وذلك قفيزان ونصف ووجه الاستحسان ما بينا أن المستحق لا يجعل شيء منه من المأخوذ بالمقاسمة لابقاء معنى التمييز وانما يجعل نصفه من المأخوذ بقديم ملكه ونصفه من المأخوذ بالمعاوضة فيرجع بعوض ذلك على صاحبه وذلك سبعة أقفزة ونصف من الطعام الرديء وربع الثلاثين قفيزا يكون سبعة أقفزة ونصف فلهذا قال يرجع بربع المخاتيم حنطة واذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقتسماها وأخذ أحدهما النصف المقدم وقيمته ستمائة وأخذ الآخر النصف المؤخر وقيمته أربعمائة على أن يرد عليه صاحب النصف المقدم مائة درهم ثم باع كل واحد منهما ما أصابه ثم استحق نصف النصف المقدم ورجع المشترى على بائعه بحصة ذلك من الثمن وأنفذ البيع فى البقية فان صاحب المقدم يرجع على صاحب المؤخر بمائة وخمسين درهما خمسون منها نصف المائة التى نقده ومائة منهما ربع قيمة النصف المؤخر لانه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بالمائة التى أعطاها وبقيمة نصف النصف المؤخر وذلك مائتا درهم فاذا استحق نصف ذلك يرجع بنصف الثلثمائة وذلك مائة وخمسون وهذا لان فى حصة المائة كان هو مشتريا وقد استحق نصف المبيع فيرجع بنصف الثمن وتبين أن المشترك بينهما مايساوي سبعمائة وان حق كل واحد منهما من ذلك ثلثمائة وخمسون فصاحب المؤخر أخذ ربعمائة والسالم لصاحب المقدم مايساوى مائتين وخمسين بالمقاسمة فيرجع على شريكه بربع ما أخذ وذلك مائة درهم فعند ذلك يصل الى كل واحد منهما مايساوى ثلثمائة وخمسين كمال حقه ولو كان مكان المائة ثوب قائم بعينه رجع بنصف الثوب وبمائة درهم لان المستحق مما أخذه عوضا عن الثوب نصفه فيرجع بعوضه وذلك نصف الثوب واذا كانت أرض ودار بين رجلين فاقتسماهما فأخذ أحدهما الدار والآخر الارض على أن يرد صاحب الارض على صاحب الدار عبدا قيمته ألف درهم وقيمة الدار الف درهم وقيمة الارض الفان وقبضه ثم أن صاحب الدار باع الدار فاستحق إنسان منها علو بيت يكون ذلك البيت والسفل عشر الدار فلما استحق العلو ذهب نصف العشر ورجع المشترى على البائع بحصة ذلك من الثمن وأمسك الباقى من الدار فان صاحب الدار يرجع بستة عشر وأربع دوانق من قيمة الارض على صاحب الارض فى قياس قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قياس قول

أبي يوسف رحمه الله يرجع بذلك في رقبتها ويكون شريكا به في الارض وقيل لا خلاف بينهم في الحقيقة وتأويل قول أبي حنيفة رحمه الله لانه لا ينتفع بذلك اليسير من الارض فلهذا جعل له حق الرجوع بذلك القدر من القيمة حتى اذا رضي هو بالرجوع في رقبة الارض بذلك القدر يكون له ذلك وانما كان رجوعه بهذا المقدار لان نصف الارض بمقابلة العبد ونصفها أخذه بالمقاسمه مع الدار وقد كان قيمة الدار الف درهم فلما استحق منها مايساوى نصف العشر وذلك خمسون درهما تبين أن المشترك مايساوى الف درهم وتسعمائة وخمسين وان حق كل واحد منهما فيما يساوى الف وأربعمائة وخمسة وسبعين وقد أخذ صاحب الارض الفي درهم الف بمقابلة ماأدى من العبد والف بالمقاسمة وأخذ الآخر تسعمائة وخمسين فيرجع على صاحبه بستة عشر درهما وأربع دوانيق في الارض حتى يكون السالم له بالمقاسمة تسعمائة وستة وستين وثلثان ولصاحبه مثل ذلك بالمقاسمة قال أبو عصمة وفى هذا الجواب نظر بل ينبغي أن يكون رجوعه بما يساوى خمسة وعشرين لان نصيب كل واحد منهما الف وأربعمائة وخمسة وسبعون كما يتناول لكنا نقول هذا بناء على الاصل الذى بينا لابى حنيفة رحمه الله أن العلو مثل نصف السفل حتى قال فى القسمة يحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو فاذا استحق علو بيت يكون ذلك العلو مع السفل عشر الدار عرفنا أن المستحق ثلث العشر وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فانما يرجع على شريكه بنصف ذلك وذلك ستة عشر وثلثان فيستقيم الجواب بناء على ذلك الاصل واذا وقعت القسمة في دار واحدة أو أرض واحدة وبناء أحدهما في نصيبه ثم استحق ذلك الموضع من نصيبه فرد القسمة وأراد أن يرجع بقيمة بنائه على شريكه لم يكن له ذلك لان الرجوع بقيمة البناء في الشراء لاجل الغرور ولا غرور في القسمة فان الشريك مجبر على القسمة عند طلب شريكه فلا يصير عاد الشريك فيما يجبره القاضي عليه فلهذا لا يرجع شريكه عليه بقيمة البناء بمنزلة الشفيع اذا أخذ الدار بالشفعة وبنى فيها ثم استحقت ونقض بناءه لم يرجع على المشترى بقيمة البناء وقد بينا في آخر الشفعة نظيره في الجارية المأسورة ومن نظائره أيضا أحد الشريكين فى الجارية اذا استولدها ثم استحقت وضمن قيمة الولد لم يرجع على شريكه بشيء من ذلك وكذلك اذا استولد جارية ابنه ثم استحقت وضمن قيمة الولد لم يرجع بذلك على الابن لانعدام معنى الغرور منه وهذا بخلاف الغاصب فان المغصوب منه اذا ضمن قيمة الجارية ثم استولدها الغاصب ثم استحقت وضمن

الغاصب قيمة الولد رجع به على المغصوب منه رواية عن أبي يوسف ولم يرو عن غيره خلافه لان المغصوب منه فى تضمين القيمة هناك مختار فانه كان متمكنا من أن يصبر حتى تظهر الجارية فيتحقق الغرور من جهته حين ملكها من الغاصب بضمان القيمة ولو وقعت القسمة في دارين أو أرضين وأخذ كل واحد منهما احدهما ثم استحقت احداهما بعد مابنى فيها صاحبها رجع على صاحبه بنصف قيمة البناء قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله ان قسمة الجبر لا تجري فى الدور والأراضى بهذه الصفة وعلى قولهما تجرى قسمة الجبر فيها فهذا والدار الواحدة عندهما سواء (قال) رحمه الله والأصح عندى ان هذا قولهم جميعا لانهما ما أطلقا الجواب فى قسمة الجبر فى الدور ولكن قال ان رأى القاضي المصلحة في أن يقسمها قسمة واحدة فله ذلك وهما أقدما على القسمة قبل أن يري القاضى المصلحة فى ذلك فيكون هذا معاوضة بينهما عن اختيار منهما والغرور بمثله يثبت فيرجع على صاحبه بنصف قيمة البناء لان نصف الموضع الذى بنى فيه أخذه بقديم ملكه ونصفه بالمعاوضة وكذلك ان اقتسما جاريتين فوطئ احدهما الجارية التى أخذها فولدت له ثم استحقت وضمن قيمة الولد رجع على صاحبه بنصف قيمة الولد وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله لان قسمة الجبر عنده لا تجري فى الرقيق فتكون هذه معاوضة بينهما عن اختيار فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قسمة الجبر تجرى فى الرقيق فلا يتحقق معنى الغرور ولا يرجع على صاحبه بشئ من قيمة الولد ويكون له نصف الجارية التى فى يد شريكه لان القسمة قد بطلت باستحقاق نصيب أحدهما فان كان باعها ضمنه نصف قيمتها لانها كانت مقبوضة بقسمة فاسدة فنفذ بيعه فيها ويضمن لصاحبه قيمة حصته منها وذلك النصف وكذلك اذا اقتسما منزلين متفرقين فى دار واحدة فقد بينا ان المنازل المتفرقة في حكم القسمة كالدور المتفرقة فان كان القاضى قسم الدور المختلفة بين الشركاء وجمع نصيب كل واحد منهم فى دار على حدة وأجبرهم على ذلك فبنى أحدهم فى الدار التي أصابته ثم استحقت وهدم بناؤه لم يرجع على شركائه بقيمة البناء لان القاضى حين رأى جمعها في القسمة صارت كدار واحدة فان معنى الغرور في الدار الواحدة انما ينعدم باعتبار ان القاضي يجبر الشركاء على ذلك وقد تحقق ذلك هنا بما رآه القاضي فينعدم الغرور به فلهذا لا يرجع على شركائه بشئ من قيمة البناء واذا اقتسما الرجلان دارين فاخذ أحدهما دارا والآخر دارا فبنى احدهما فى الدار التى أخذها وهدم وأنفق ثم استحق من الأخرى موضع جذع فى حائط أو مسيل ماء

أو طريق أو حائط بأصله أو بناء بيت فالذى استحق ذلك من يده بالخيار ان شاء نقض القسمة كلها وهدم ما أحدث هذا من البناء وضمنه قيمة ماهدم وان شاء لم ينقض القسمة ولم يرجع بشئ ورضى بما فى يده وقيل هذا الجواب قولهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله لا يكون له أن ينقض بناء شريكه على ما قال في الجامع الصغير المشتري شراء فاسدا اذا بنى فى الدار المشتراة انقطع به حق البائع فى الاسترداد عند أبى حنيفة رحمه الله وليس له أن ينقض بناء المشتري وعندهما له أن ينقض بناءه فهنا اذا اختار نقض القسمة تبين أن صاحبه أخذ الدار بقسمة فاسدة فهى كالمأخوذة بالشراء الفاسد قال الحاكم رحمه الله ويحتمل أن هذا الجواب على مذهبهم جميعا تخريجا على ما هو الصحيح عند أبى يوسف من مذهب أبى حنيفة رحمهما الله اذا بنى المشترى فى الدار المشتراة شراء فاسدا فانه ذكر فى الجامع الصغير شكا فى رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله أن الدار تترك للمشترى شراء فاسدا من أجل بنائه حيث قال فيما أعلم وقيل هذه من احدى المسائل التى جرت فيها المحاورة بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وقوله لا يرجع بشئ يحتمل أن يكون جوابا فى استحقاق موضع الجذع ومسيل الماء خاصة لان لما سواهما حصة من الدرك فعند الاستحقاق لابد أن يرجع بذلك أو بقيمته ان تعذر الرجوع بعينه لاجل البناء ولو أخذ أحدهما دارا وأخذ الآخر دارين قيمتهما سواء فاستحقت احداهما لم يكن له أن ينقض القسمة وكانت له الدار الباقية ويرجع بربع الدار التى أخذ الآخر بمنزلة مالو اشترى دارين وقبضهما فاستحقت احداهما فلا خيار له فى الأخرى وانما يرجع بحصة المستحق من الثمن فهنا أيضا لا خيار له فى الباقية فيرجع بعوض المستحق وذلك ربع الدار المستحق وذلك ربع الدار التى أخذها الآخر لان الدارين كلاهما لو استحقتا رجع عليه بنصف الدار التى في يده فاذا استحقت احداهما وقيمتهما سواء رجع بنصف النصف وهو الربع كما قررنا والله أعلم

باب ما لا يقسم

(قال رحمه الله ولا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك بين الشركاء لما فيها من الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة فاذا أدى الى الضرر وقطع المنفعة عن كل واحد منهما على الوجه الذى كان قبل القسمة لم يجبر القاضى عليه) فان رضوا به جميعا قسمه لوجود التراضى

منهم بالتزام الضرر ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه بجهة أخرى بأن يجعله بيتا وربما كان ذلك مقصود كل واحد منهم فاما في الحائط ان رضوا بالقسمة لينتفع كل واحد منهم من غير هدم فكذلك الجواب وان رضوا بالهدم وقسمة الاسهم لم يباشر القاضي ذلك لما فيه من اتلاف الملك ولكن ان فعلوا ذلك فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك وفي البيت الصغير لا يقسمه القاضي بينهم اذا كره ذلك بعضهم ولان نصيب كل واحد منهم بعد القسمة ما ينتفع به الا أن تتفاوت انصباؤهم وكان صاحب الكبير ينتفع بنصيبه بعد القسمة وهو الطالب للقسمة فحينئذ يقسمه القاضي لانه متظلم يطلب من القاضي أن يمنع الغير من الانتفاع بملكه ولو كان بناء بين رجلين في أرض رجل قد بنيا باذنه ثم أراد قسمة البناء وصاحب الارض غائب فلهما ذلك بالتراضي وان امتنع أحدهما لم يجبر عليه لان كل واحد منهما بعد القسمة لا يتمكن من ابقاء نصيبه من البناء والانتفاع به فالارض لغيرهما بطريق العارية أو الاجارة في أيديهما وكل جزء منه كذلك بينهما ولكل واحد منهما أن يمنع صاحبه من الاختصاص بالانتفاع بما هو مستعار له أو مستأجر فكان لكل واحد منهما أن يكلف صاحبه رفع البناء لو صحت القسمة وفيه ضرر عليهما فلا يفعل القاضي ذلك اذا أبى أحدهما وان كان أراد هدم البناء ففي هذه القسمة اتلاف الملك وقد بينا أن القاضي لا يفعل ذلك ولكن ان أرادا فعله لم يمنعهما عن ذلك وان أخرجهما صاحب الارض هدماه لان صاحب الارض له عارية في أيديهما وللمعير في العارية حق الاسترداد متى شاء فيكلفهما هدم البناء ثم النقض يحتمل القسمة بينهما فيفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء واذا كان طريق بين قوم ان اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فاراد بعضهم قسمته لم أقسمه لما في القسمة من الضرر على بعض الشركاء بقطع منفعة ملكه عنه ويستوى ان كره صاحب الكثير أو صاحب القليل لانه كان لكل واحد منهما حق التطرق الى ملكه في هذا الطريق قبل القسمة وصاحب القليل من ذلك مستو بصاحب الكثير وفي القسمة تفويت هذا الحق عليه بخلاف البيت فهناك الانتفاع بعين البيت وصاحب الكثير فيه غير مستو بصاحب القليل وانقطاع المنفعة عنه لقلة نصيبه لا لاجل القسمة فلهذا قسم القاضي هناك بطلب صاحب الكثير وهنا لا يقسم اذا كان في قسمته ضرر على بعضهم دون بعض في صغر أو أنه لا يجد طريقا الا أن يتراضوا جميعا وان كان يكون لكل واحد منهم طريق نافذ قسمته اذا طلب ذلك أحدهم لانه ليس في القسمة

تفويت المنفعة على بعضهم بل فيها تخصيص كل واحد منهم بالانتفاع فى ملكه ورقبة الطريق مشتركة بينهم بمنزلة الارض فتقسيمها بطلب بعضهم وان كان طريق بين رجلين ان اقتسماه لم يكن لواحد منهما فيه ممر وكل واحد منهما يقدر أن يفتح في منزله بابا ويجعل طريقه من وجه آخر فأراد أحدهما قسمته وأبي الآخر قسمته بينهما لانه لاضرر علي واحد منهما في القسمة فكل واحد منهما يتمكن من التطرق الي ملكه من جانب آخر ولا فرق فى حقه بين التطرق من هذا الجانب وبينه من الجانب الآخر واذا كان مسيل ماء بين الرجلين أراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فان كان فيه موضع يسيل فيه ماؤه سوى هذا قسمته وان لم يكن له موضع الابضرر لم أقسمه وهذا والطريق سواء فالمقصود هنا الانتفاع بتسييل الماء وهناك بالتطرق ولا فرق فى حق كل واحد منهما بين أن يسيل ماؤه من هذا الجانب أو من جانب آخر اذا كان يتيسر له ذلك من غير ضرر وانما شرط هذه الزيادة لان التصويب قد يكون من جانب ولا يمكن جعل ذلك فى جانب آخر بلا ضرر وان كانت أرض صغيرة بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم شئ ينتفع به فأراد بعضهم قسمتها لم أقسمها وهو وما تقدم من البيت الصغير سواء وان كانت حانوت فى السوق يبيعان فيه أو يعملان بايديهما سواء فاراد أحدهما قسمته فانى انظر فى ذلك فان كان يصيب كل واحد منهما موضع يعمل فيه قسمته بينهما وان كان لم يصبه ذلك لم أقسمه بينهما لمعنى الضرر وان كان الزرع بين ورثة فى أرض لغيرهم فأرادوا قسمة الزرع فان كان قد أدرك لم أقسمه بينهم حتى يحصد بالتراضى ولا بغير التراضى لان الحنطة مال الربا فلا يجوز قسمته مجازفة الا بكيل ولا يمكن قسمته بالكيل قبل الحصاد وان كان بقلا لم أقسمه لما فى ذلك من الضرر على كل واحد منهم فانه لا يتمكن بعد القسمة من ترك نصيبه بغير رضاء أصحابه لان موضعه من الارض عارية لهم جميعا الا أن يشترطوا فى البقل أنه يجز كل واحد منهم ما أصابه فاذا اقتسموها على هذا بتراضيهم أجزته لما بينا ان في هذه القسمة اتلاف جزء فلا يباشره القاضى ولا يمنع الشركاء منه ان تراضوا عليه ولو كانت أرض بين رجلين فأرادا أن يقتسما زرعها دون الارض لم يجز ذلك ان اشترطا تركه فى الأرض الى وقت الادراك وان اشترطا جز ذلك واجتمعا عليه أجزته والقسمة فى هذا كالبيع فكما لا يجوز شراء الزرع قبل الادراك بشرط الترك ويجوز بشرط القطع فكذلك القسمة وكذلك طلع في نخل بين قوم ان اقتسموا الطلع على أن يتركوا على النخل لم يجز وان اقتسموه على أن

يقطع كل واحد منهم ما أصابه أجزت ذلك بمنزلة الشراء فان استأذن رجل منهم أصحابه بعد القسمة في ترك ما أصابه فاذنوا له فادرك وبلغ طاب له الفضل وان تركه بغير رضاهم يصدق بالفضل بمنزلة المشتري للثمار على رؤس النخيل قبل الادراك ان ترك باذن البائع طاب الفضل وكل شيء يحتاج في قسمته الى كسر أو قطع لم أقسمه بينهم لما في ذلك من اتلاف الجزء الا أن يرضي جميع الشركاء فان رضوا قسمته فالمراد اني لا أمنعهم من أن يفعلوا ذلك بالتراضي فاما أن يباشر القاضي ذلك فلا وان أوصى بصوف على ظهر غنمه لرجلين فأراد قسمته قبل الجز لم أقسمه وكذلك اللبن في الضرع لان ذلك مال الربا فانه موزون أو مكيل فلا يمكن قسمته الا بوزن أو كيل وذلك بعد الحلب والجز فاما الولد في البطن فلا يجوز شركته بين الشركاء بحال لمعنى الضرر والجهالة ولان المقصود بالقسمة الحيازة وذلك فيما في البطن لا يتصور لان كل واحد منهما لا يتمكن من اثبات اليد على نصيبه قبل الانفصال وكذلك لو قسما ذلك بينهما بالتراضي لم يجز وان كانت قوصرة تمر بينهما أو دن خل فاراد أحدهما قسمته لان هذا مما يتأتى فيه الكيل والوزن والقسمة فيه تمييز محض لكل واحد من الشريكين أن ينفرد به فكذلك يفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء وان كانت خشبة أو باب أو رحاء أو دابة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها لم تقسم لانها لا تحتمل القسمة من غير ضرر وكذلك اللؤلؤة والياقوتة لا يمكن قسمتها إلا بضرر ويقسم اللؤلؤ واليواقيت بين الشريكين اذا أراد ذلك أحدهما لان التعديل في المنفعة والمالية ممكن اذا كانت باعيانها وان كانت جبة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فان كان في قطعها ضرر على واحد منهما لم أقسمها وان لم يكن في ذلك ضرر قسمتها وقطعتها بمنزلة الثوب الواحد وان كان حبا كثيرا قسمته بينهما لانه لا حاجة الى القطع هنا في القسمة وهو نظير الثياب اذا كانت من نوع واحد وتقسم نقرة الفضة والذهب وما أشبه ذلك مما ليس بمصوغ من الحديد والصفر والنحاس لانه لا ضرر في قطع ذلك على واحد منهما وكذلك علو بين رجلين نصيب كل واحد منهما ما ينتفع به والسفل لغيرهما أو سفل بينهما والعلو لغيرهما فكذلك كله يقسم اذا طلب بعض الشركاء لان العلو والسفل كل واحد منهما مسكن وفي القسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما واذا كان بين رجلين بئر أو عين أو قناة أو نهر لا أرض مع ذلك بينهما فأراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فاني لا أقسم ذلك بينهما لانه غير محتمل للقسمة وفيه ضرر على كل واحد منهما

فان كان مع ذلك أرض ليس لها شرب الا من ذلك قسمت الارض بينهما وتركت القناة والبئر والنهر على حالها لكل واحد منهما شربه منها وان كان كل واحد منهما يقدر على أن يجعل لارضه شربا من مكان آخر أو كانت أرضين وانهار متفرقة أو آبار قسمت ذلك كله فيما بينهم لانه لا ضرر علي واحد منهم فى هذه القسمة أو قسمة النهر والعين هنا تبع لقسمة الاراضى فهو بمنزلة البيع فالشرب يدخل في بيع الارض تبعا وان كان البيع لايجوز فيه مقصودا فكذلك في القسمة وقال أبو حنيفة رحمه الله لاأجبر واحدا منهما علي البيع فى شيء مما سميناه فى هذا الكتاب وان طلب ذلك شريكه وكان مالك رحمه الله يقول اذا كان المشترك بحيث لا يحتمل القسمة بين الشريكين فان القاضي يجبر أحدهما على بيع نصيبه اذا طلب الآخر ذلك أو يبيع ذلك بنفسه ويقسم الثمن بينهما لانه لا طريق لتوفير المنفعة على كل واحد منهما الا هذا واذا ثبت له ولاية الاجبار على القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما فكذلك يثبت له ولاية الاجبار على البيع فى كل موضع تتعذر القسمة ولا يقال كل واحد منهما يقدر على بيع نصيبه وحده لانه يتضرر بذلك فالاشقاص لا تشترى الا بثمن وكس فينبغى أن تثبت له ولاية الاجبار علي البيع لدفع الضرر وحجتنا في ذلك أن في الاجبار على البيع معنى الحجر على الحد وذلك غير جائز عندنا ثم كل واحد منهما متمكن من بيع نصيبه وحده فلا حاجة الى اجبار الشريك علي ذلك لنفوذ تصرفه فى نصيبه تبعا قوله بان لايشترى منه الا بوكس قلنا انه لا يملك نصيبه الا مشتركا ويتوفر عليه نصيبه مشتركا انما يحصل له زيادة على ذلك فلا حق له فى الزيادة توضيحه أن ولاية الاجبار لمعنى الاحراز وتحصيل الملك كما فى القسمة وفى الاجبار هنا ازالة الملك وللناس فى أعيان الملك أغراض (ألا ترى) أنه ليس لواحد منهما أن يجبر صاحبه على بيع نصيبه منه فلان لا يكون له ان يجبره علي بيع نصيبه من غيره كان أولي والله أعلم بالصواب

باب قسمة الدار فيها طريق لغير أهلها

(قال رحمه الله) ذكر عن عكرمة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذ رعوا الطريق سبعة أذرع ثم ابنوا وبظاهر هذا الحديث يأخذ بعض العلماء رحمهم الله فيقول عند المنازعة بين الشركاء فى الطريق ينبغى أن يقدر الطريق سبعة أذرع ولسنا نأخذ

بذلك) لان هذا خبر واحد فيما تم به البلوى وقد ظهر عمل الناس فيه بخلافه فانا نرى الطرق التى اتخذها الناس فى الامصار متفاوتة فى الذرع ولو كان الحديث صحيحا لما اجتمع الناس على ترك العمل به لان المقدار الثابت بالشرع لا يجوز لاحد أن يتجاوزه الى ماهو أكثر منه أو أقل ثم يحمل الحديث على تأويل وهو انه كان ذلك فى حادثة بعينها وراء حاجة الشركاء الى ذلك القدر من الطريق فأمرهم أن يتركوا ذلك القدر ويبنوا فيما وراء ذلك لبيان المصلحة لهم فى ذلك لا لتعيين مقدار فى الطريق شرعا واذا كانت الدار بين رجلين فأراد قسمتها وفيها طريق لغيرهما فأراد صاحب الطريق أن يمنعهما من القسمة ليس له ذلك ويترك الطريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله من باب الدار الى باب الذى له الطريق ويقسم بقية الدار بين الرجلين على حقوقهم الانه لاحق لصاحب الطريق فى بقية الدار ويترك الطريق بينهما نصفين على ما كان عليه جميع الدار بينهما قبل القسمة فان رقبة الطريق ملكهما ولم يباشر فيه قسمة فيبقى على ما كان بينهما قبل القسمة ولصاحب الطريق ممره فى ذلك وانما جعل الطريق بعرض باب الدار لان ذلك طريق متفق عليه فاليه يرد المتنازع فيه ولانه لافائدة له فى الزيادة على ذلك لانه انما يحمل فى هذا الطريق ما يدخله من باب الدار الى باب داره فيكفيه لذلك طريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله الى باب داره وليس لهم قسمة هذا الطريق الا أن يتراضوا بينهم جميعا لان حق التطرق فيه مستحق لصاحب الطريق فكما لا يكون لصاحبي الدار أن يفوتا ذلك عليه بالبناء فكذلك لا يكون لهما أن يفوتا ذلك عليه بالقسمة وان باعوا هذه الدار وهذا الطريق برضا منهم جميعا اقتسموا الثمن يضرب فيه صاحب الارض بثلث الطريق وصاحب الممر بالثلث لان المقصود بالطريق المرور فيه وصاحب الممر فى ذلك مساوى للشريكين فى رقبة الطريق بحق مستحق له فساواهم أيضا فى ثمن حصة الطريق وكان الكرخى رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة اذا كان هو شريكا فى أصل الطريق فاما اذا كان له حق الممر ولا شركة له فى أصل الطريق فلا حصة له من أصل الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون المنفعة فيختص به مالك العين وقد كان لصاحب الممر حق فى المنفعة دون العين فان رضى بالبيع كان ذلك منه رضا بسقوط حقه فلا يكون له فى الثمن شركة (ألا ترى) ان بيع الممر وحده بدون رقبة الطريق لا يجوز فتبين بهذا ان شيئا من الثمن لا يقابل ماهو حق صاحب الممر وقد روى عن محمد رحمه الله أنه قال لصاحب الممر مقدار حقه من الثمن وبيان ذلك ان الطريق بين

الشريكين اذا كان فيه حق الممر لآخر يكون قيمة ملكهما أنقص منه اذا لم يكن لغيرهما حق الممر فيه فقد رد ذلك النقصان حق صاحب الممر بقيمة الطريق مع ذلك النقصان بين الشريكين نصفين فيضرب كل واحد منهم في الثمن عند البيع بمقدار حقه والأصح ما ذكر في ظاهر الرواية لانه لامقصود في الطريق الا الممر والمالية والتقوم باعتبار المقصود ولاجله يجوز البيع فاذا استووا في ذلك كان حق كل واحد منهم مستحقا على سبيل التأبيد ولا يتم البيع الا برضاهم فلهذا قلنا بأنهم يستوون في الثمن وان كان في الدار مسيل ماء لرجل فاراد أصحابها قسمتها لم يكن لصاحب المسيل منعهم من القسمة ولكن يتركون له مسيله وهذا والطريق سواء فيما بينا من المعنى وان كان فيها طريق لرجل وطريق لآخر من ناحية أخرى فانه يعزل طريق واحد عرضه عرض باب الدار الى باب كل واحد منهما ويقسم ما بقي من الدار بين أهلها لان مقصود كل واحد من صاحبي الطريق التطرق فيه الى ملكه ويتوفر هذا المقصود على كل واحد منهما بطريق واحد من باب الدار عرضه باب الدار الى الموضع الذي يفترق فيه طريق كل واحد منهما الى باب داره فكل واحد منهما في المطالبة بطريق له خاص من باب الدار الاعظم يكون متعنتا فلا يلتفت الى تعنته ولكن الى الموضع الذي يفترق الطريق بهما يترك لهما طريقا واحدا ثم من ذلك الموضع لكل واحد منهما الطريق الى باب داره وان كان باب صاحب الدار أعظم من باب الدار الاعظم لم يكن له من عرض الطريق الا بمقدار عرض باب الدار لان مالا يدخل في باب الدار الاعظم لا يتمكن هو من حمله في هذا الطريق فان كان أوسع من باب الدار الاعظم وكذلك ان كانت صفة لرجل في دار رجل وطريقها الى باب الدار لم يكن على أهل باب الدار أن يتركوا له من الطريق الا قدر عرض باب الدار دون عرض باب الصفة ولو كان له منزل بطريقه في الدار فقسمت الدار وترك له الطريق فاراد أن يفتح من منزله الى هذا الطريق بابين أو ثلاثة كان له ذلك لان فتح الباب هدم بعض الحائط ولو أراد أن يرفع جميع الحائط لم يكن لاحد أن يمنعه من ذلك فكذا اذا أراد أن يفتح فيه بابين أو ثلاثة وهذا لانه هو الذي يتطرق في هذا الطريق من أي باب دخل منه في منزله ولا يستحق ببابين إلا ما يستحقه بباب واحد فهو بهذا التصرف لم يزد على مقدار حقه فيما يستوفيه ولو كان هذا المنزل بين اثنين فقسماه بينهما وفتح كل واحد منهما بابا الى الطريق كان لهما ذلك لان لهما حق التطرق في هذا الطريق الى منزلهما فلا فرق بين أن يتطرقا فيه من باب أو بابين وان كان صاحب المنزل

واحدا فاشترى دارا من وراء هذا المنزل وفتحها اليه واتخذ لها طريقا في هذا المنزل وفى هذا الطريق فان كان ساكن الدار والمنزل واحدا فله أن يمر من الدار فى المنزل وفى الطريق المرفوع بينهم لان له حق التطرق في هذا الطريق الى منزله وبعد ما دخل منزله فلا يمنعه أحد من أن يدخل داره لانه ينتقل من ناحية من ملكه الى ناحية أخرى ولانه لا ضرر على أهل الطريق اذا كان ساكن الدار والمنزل واحدا وان كان للدار ساكن آخر لم يكن له أن يمر في هذا الطريق لانه ما كان لصاحب الدار حق التطرق فى هذا الطريق فليس له أن يحدث لنفسه فيه حقا وصاحب الممر يريد أن يستوفي من ملك الغير أكثر من حقه وليس له ذلك بخلاف ما اذا كان صاحب المنزل والدار واحدا وقد بينا الفرق بين الطريق والشرب فى هذا ولو اختصم أهل الطريق فى الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالسوية اذا لم يعرف أصله لاستوائهم فى اليد على الطريق والاستعمال له ولا يجعل على قدر ما فى أيديهم من ذرع الدار والمنزل لان حاجة صاحب المنزل الصغير الى الطريق كحاجة صاحب الدار الكبيرة وهذا بخلاف الشرب فان عند اختلاف الشركاء فيه يجعل الشرب بينهم على قدر أراضيهم لان الحاجة هناك تختلف بكثرة الاراضى وقلتها فيجعل ذلك بينهم على قدر حاجتهم عند اشتباه الامر لاعتبار الظاهر وهنا حاجتهم الى التطرق فى الطريق سواء فلهذا يجعل الطريق بينهم سواء وبهذا تبين ما أشرنا اليه فى المسئلة الاولى أن صاحب المنزل باضافة الدار المشتراة الى منزله لا يثبت لنفسه زيادة حق فى الطريق ولو كان يعتبر فى قسمة الطريق ذرع ملك كل واحد منهم عند الاشتباه لم يكن لصاحب المنزل أن يضيف الدار المشتراة الى منزله وان عرف أصل الطريق كيف كان بينهم جعلته بينهم على ذلك لان ما اعتبرناه نوع من الظاهر فانما يصار اليه اذا لم تعلم حقيقة الحال بخلافه فان كانت دارا لرجل ولآخر فيها طريق مات صاحب الدار واقتسم ورثته الدار بينهم ورفعوا الطريق لصاحب الطريق ولهم ثم باعوه فارادوا قسمة ثمنه فلصاحب الطريق نصفه وللورثة نصفه لان الورثة قائمون مقام المورث ولو كان هو حيا فباعاه كان الثمن بينهما نصفين فبموته وكثرة ورثته لا يزداد نصيبه ولا ينتقص نصيب صاحب الطريق وان لم يعرف ان أصل الدار بينهم ميراث وجحدوا ذلك قسم ذلك على عدد رؤسهم ورأس صاحب الطريق لانهم مستوون فى الحق فى الطريق وقد بينا ان البناء على الظاهر واجب ما لم يعلم خلافه وكل واحد منهما فى الظاهر أصل فى نصيب نفسه فيعتبر هذا الظاهر في قسمة ثمن الطريق بينهم واذا

كان في يد رجل بيت من الدار وفي يد آخر بيتان وفي يد آخر منزل عظيم وكل واحد منهم يدعي جميع الدار فلكل واحد منهم ما في يده لان الظاهر يشهد له فيما في يده وساحة الدار بينهم أثلاثا لاستوائهم في اليد عليها فان كل واحد منهم مستعمل للساحة بكسر الحطب فيها وغير ذلك من وجوه الانتفاع بالساحات وان مات أحدهم عن ورثة كان لورثته ثلث الساحة لانهم قائمون مقامه في ذلك وان اقتسموا دارا ورفعوا طريقا بينهم صغيرا أو عظيما أو مسيل ماء لذلك فهو جائز لانه صلح جرى بينهم عن تراض واذا اقتسم القوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق الاعظم أو ظلة فليس يحسب ذرع الظلة والكنيف في ذرع الدار لان ما تحت ذلك طريق هو حق لجماعة المسلمين فكيف يذرع ذلك في قسمة الدار بينهم (ألا ترى) أن عند أبي حنيفة رحمه الله لكل واحد من المسلمين أن يخاصم في رفع ذلك البناء وعندهما رحمهما الله اذا كان فيه ضرر للمسلمين فكذلك فعرفنا أنه لا حق للشركاء فيه الا في نقض البناء فيعتبر قيمة ذلك في القسمة بينهم فاما أن يذرع مع ذرع الدار فلا ولو كانت الظلة على طريق غير نافذ قد كان ذرعها يحسب في ذرع الدار لان حق قرار الظلة على ذلك الطريق مستحق لهم مشترك فهو بمنزلة علو في الدار سفله لغيرهم وقد بينا الاختلاف في كيفية القسمة في العلو والسفل بالذرع بين الشركاء والله أعلم

باب قسمة الدار للميت وعليه دين أو وصية

(قال رحمه الله واذا اقتسم الورثة دارا لميت وعليه دين ردت القسمة قليلا كان الدين أو كثيرا أما اذا كان الدين مستغرقا للتركة فلان الورثة لا يملكون التركة ولا ينفذ تصرفهم فيها والقسمة تصرف بحكم الملك وأما اذا قل الدين فلانه شاغل لكل جزء من التركة ولان القسمة للاحراز ولا يسلم للوارث شئ من التركة الا بعد قضاء الدين فهذه قسمة قبل أوانها فهو كقسمتهم في حياة الميت فان كان للميت مال سوى ذلك بعته في الدين ونفذت القسمة) لان كل مال الميت محل لقضاء الدين والمانع للقسمة قيام حق الغريم فاذا وصل اليه حقه من محله زال المانع من نفوذ القسمة وكذلك ان لم يكن للميت مال سوى ذلك فادى الورثة الدين من أموالهم على قدر مواريثهم أو ابراء الغريم الميت من الدين جازت القسمة لزوال المانع أما بوصول حقه اليه أو بسقوط دينه بالابراء وكما أن سائر تصرفات الورثة في التركة تنفذ اذا

وصل الى الغريم حقه فكذلك القسمة واذا كان فيه وصية بالثلث لم تجز قسمة الوصى والورثة على الموصى له الغائب بغير قضاء قاض لان الموصي له بالثلث شريك الورثة في عين التركة حتى لو أراد ايفاء حقه من محل آخر لم يملكوا ذلك فان كان هو غائبا وليس عنده خصم حاضر لم تجز القسمة والوصى لا يكون خصما عن الموصى له لانه قائم مقام الميت والملك الثابت للموصى له ملك متجدد والوصى انما ينتصب خصما عمن يكون خلف الميت فى الملك الذي كان ثابتا للميت فلهذا يجوز قسمة الوصى مع الموصى له على الورثة ولا تجوز قسمته مع الورثة علي الموصى له وانما تنظر القسمة بغير قضاء قاض لان القاضى اذا كان هو الذى قسم بعد قضائه لمصادفته موضع الاجتهاد وثبوت الولاية له علي الموصي له الغائب فيما يرجع الى النظر له واذا اقتسم الورثة دارا وفيهم وارث غائب وليس للميت وصي ولا للغائب وكيل ثم قدم الغائب فله أن يبطل القسمة وكذلك الصغير اذا كبر لانه لا ولاية للحضور مع الورثة على الغائب والصغير خصوصا فى تصرفهم مع أنفسهم والقسمة بهذه الصفة وماينقل ومالا ينقل فى ذلك سواء وان كان شيء من ذلك ميراثا بين قوم ولا دين على الميت ولا وصية ثم مات بعض الورثة وترك عليه دينا أو أوصي بوصية أو كان له وارث غائب أو صغير ولا وصي له فاقتسم الورثة الدار بغير قضاء قاض فللغرماء أن يبطلوا القسمة وكذلك أهل الوصية والوارث الغائب والصغير لان لهم شركة فيما اقتسموا من التركة اما فى العين أوفى المالية ولم يكن عنهم خصم حاضر ولانهم قائمون مقام الميت الثانى فى حصته ولو كان هو حيا غائبا لم تنفذ قسمتهم عليه ان لم يحضر عنه خصم فكذلك بعد موته واذا اقتسم الورثة دارا بينهم واشهدوا على أنفسهم بالقسمة ثم ادعت امرأة الميت مهرها وأقامت عليه البينة فلها أن تنقض القسمة ولا يكون قسمتها واقرارها بالميراث خروجا من دينها لان دين الوارث كدين أجنبي آخر وللورثة أن يقضوا الدين من مال آخر لهم فيستخلصوا التركة لانفسهم فهى انما وافقت معهم في القسمة على أن يقضوا مهرها من محل آخر فلا يكون ذلك منها ابراءا للميت عن المهر ولا اقرارا بانه لادين لها ويكون لها ان تنقض القسمة لان القسمة لا تنفذ الا بشرط قضاء الدين واجازة الغريم القسمة قبل أن يصل اليه الدين لا يكون معتبرا بل وجود ذلك كعدمه لان تقديم قضاء الدين لحق الميت لا لحق الغريم خاصة فاذا لم يقضوا دينها كان لها أن تنقض القسمة وكذلك لو ادعى وارث آخر دينا على الميت فهو والمهر سواء ولو أن

وارثا ادعى وصية لابن له صغير له الثلث وأقام البينة وقسموا الدار فان هذه القسمة لاتبطل حق ابنه في الوصية لان الاب لوأراد أن يرد هذه الوصية أو يبطل حق ابنه عنها بعد موت الموصي لا يملك ذلك فكذلك مساعد الورثة على القسمة لا يبطل حق ابنه في الوصية الا أن الاب ليس له أن يطلب وصية ابنه ولا أن يبطل القسمة لان القسمة تمت به ومن سعي في نقض ما قد تم ضل سعيه واقدامه على القسمة معهم اقرار بانه لا وصية لابنه لما بينا ان الموصى له بالثلث شريك الورثة في العين فالقسمة لاتصح بدون تميز حقه فيكون اقدامه على القسمة مع الورثة اقرارا بانه لا وصية لابنه بخلاف الدين فان قضاء حق الغريم من محل آخر جائز ولا يصير هو بدعوى الدين بعد القسمة مناقضا أو ساعيا في نقض ماقدتم به ويصير بدعوى الوصية لابنه مناقضا في كلامه فلا تسمع دعواه وللابن اذا كبر أن يطلب حقه ويرد القسمة واذا كانت الدار ميراثا بين قوم فاقتسموها على قدر ميراثهم من أبيهم ثم ادعى أحدهم أن أخا له من أبيه وأمه قد ورثاه معهم وأنه مات بعد ابنه فورثه هو وأراد ميراثه منه وقال انما قسمتم لي ميراث من أبي ولم يكتبوا في القسمة انه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته ولم تنقض القسمة لانه لما ساعدهم على القسمة وقد أقر أن جميع الدار ميراث بينهم من الاب فيكون في دعواه أن بعض الدار لاخيه مناقضا وهو بهذا الكلام يسعى في نقض ماقدتم به لان تمام القسمة كان برضاه وان كانوا كتبوا في القسمة أنه لاحق لبعضهم فيما أصاب البعض فهو أبقى لدعواه ومراده من قوله ولم يكتبوا ازالة الاشكال وبيان التسوية في الفصلين في الجواب فكذلك لوأقام البينة انه اشتراها من ابنه في حياته أوانه وهبها له وقبضها منه أو أنها كانت لامه ورثها منها لم تقبل بينته لانه مناقض في كلامه شارع في نقض ماقدتم به واذا كانت القرية ميراثا بين ثلاثة نفر من أبيهم فمات أحدهم وترك ابنا كبيرا فاقتسم هو وعماه القرية على ميراث الجد وقبض كل واحد منهم حصته ثم أن ابن الابن أقام البينة على أن الجد أوصي له بالثلث لم تقبل بينته لانه لما ساعدهم على القسمة فقد أقر أنه لاوصية له فيها فكان هو في دعوى الوصية بعد ذلك مناقضا ولو ادعى لنفسه دينا على ابنه وأقام البينة على هذا الدين كان له أن يبطل القسمة لما بينا أن مساعدته اياهم على القسمة لاتكون اقرارا على أنه لادين على ابنه وانما ساعدهم على القسمة ليتبين نصيب الابن فيستوفي دينه منه (ألا ترى) أن الدين لو كان لغيره فاجاز الغريم

القسمة كان ذلك باطلا وكان له أن يبطل القسمة فكذلك الوارث اذا كان هو الغريم ومعنى هذا أنه لا معتبر باجازة الغريم في القسمة لان المانع من نفوذها قيام دينه وذلك لايختلف باجازته وعدم اجازته فلا يكون هو في دعوي الدين ساعيا فى نقض ماقد تم به بخلاف ما اذا ادعى الشركة فى العين بالوصية بالثلث فالقسمة هناك تم برضاه كما لو كان الموصي له أجنبيا آخر فيكون هو في دعوي الوصية ساعيا فى نقض ماقد تم به واذا ادعى الوارث أنه كان اشترى نصيب أبيه منه فى حياته بثمن مسمى ونقده الثمن وأقام البينة على ذلك فهو جائز ولا يبطل ذلك بالقسمة لانه خصم فى نصيبه سواء كان شراء أو ميراثا وقد تمت القسمة بحضرته ورضاه واذا كانت الأرض ميراثا بين قوم فاقتسموها وتقابضوا ثم أن أحدهم اشترى من الآخر قسمه وقبضه ثم قامت البينة بدين على الاب فان القسمة والشراء جميعا يبطلان وكذلك لو اشتراه غير وارث لان القسمة والشراء كلاهما تصرف من الوارث فى التركة فلا ينفذ مع قيام الدين واذا ورث ثلاثة نفر عن أبيهم دارا فاقتسموها أثلاثا وتقابضوا ثم أن رجلا غريبا اشترى من أحدهم قسمه وقبضه ثم جاء أحد الباقين فقال أنا لم أقسم فاشترى منه الثلث من جميع الدار ثم جاء الثالث فقال قد اقتسمناها وأقام البينة على ذلك وصدقه البائع الاول وكذبه الثانى وقال المشترى لاأدرى أقسمتم أم لا فالقسمة جائزة لانها تثبت بحجة أقامها من هو خصم والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ثم القسمة بعد تمامها لاتبطل بجحود بعض الشركاء ويتبين أن الاول باع نصيب نفسه خاصة فكان بيعه صحيحا وأما الثانى انما باع ثلث الدار شائعا ثلث ذلك من قسمه وثلثا ذلك من نصيب غيره وانما ينفذ بيعه فى نصيبه خاصة ويتخير المشترى فيه ان شاء أخذ ثلث قسمه بثلث الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولا يقال ينبغى أن ينصرف بيعه الى نصيبه خاصة لتصحيح عقده لانه ملكه فى منزل معين وهو انما باع ثلث الدار شائعا فلا يمكن تنفيذ ذلك البيع في منزل معين بخلاف ماقبل القسمة فانه اذا باع ثلث الدار فانه ينصرف بيعه الى نصيبه لان نصيبه ثلث شائع فى جميع الدار كما باعه ولو كان المشترى أقر في الشراء الاول بالقسمة وأقر فى الشراء الآخر أنها لم تقسم والمسئلة على حالها كان القضاء بينهم على ماوصفته لان فى أسباب القسمة بينهم هم الخصماء ولا قول للمشترى في ذلك ولان المشترى فى كلامه الثانى مناقض وقول المناقض غير معتبر في حق غيره ولكنه معتبر فى حقه حتى اذا رد البيع الثانى فانه يرد عليه من نصيب الاول

ثلثه لانه أقر به له وكانه جحده فى الكلام الاول ولكن الاقرار بعد الجحود صحيح وان أمضي البيع لزمه ثلثا الثمن بثلث نصيب الاول وثلث نصيب الثانى لان زعمه معتبر فى حقه فبقدر ما يسلم له بزعمه يلزمه ثلثه وقد سلم له بزعمه ثلثا مااشتراه من الثانى ويرجع بثلث الثمن حصة نصيب الثالث لان ذلك لم يسلم له ويبقى فى يد البائع الثانى ثلثا قسمه الذى أصابه لان المشترى منه ماسلم اليه ذلك القسم إلا الثلث واذا أقر الرجل ان فلانا مات وترك هذه الارض وهذه الدار ميراثا ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث فانى أقبل منه البينة على ذلك ولا يخرجه قوله هذا من وصيته وكذلك لو ادعى دينا قبله لان محل الدين والوصية التركة وبعد الموت توصف التركة بأنها ميراث وان كان فيها دين أو وصية على معنى أنه كان ملكا للميت الى وقت موته وانه ميراث لورثته اذا سقط الدين أو رد الموصي له فلا يكون هو فى دعوى الدين والوصية مناقضا فى كلامه بخلاف مااذا ادعى شراء من الميت أو هبة أو صدقة فانه لا يسمع دعواه ولا تقبل بينته على ذلك لانه مناقض فى كلامه فان التركة اسم لما كان ملكا للمورث الى وقت موته والمشترى منه فى حياته لا يكون مملوكا عند موته وكذلك لو أقر أنها ميراث من غير أبيه فذلك غير مسموع منه للتناقض واذا اقتسما القوم دارا ميراثا عن الميت والمرأة مقرة بذلك وأصابها الثمن وعزل لها على حدة ثم ادعت انه أصدقها اياها وأنه اشتراها بصداقها فانه لا يقبل ذلك منها لانها لما ساعدتهم على القسمة فقد أقرت انها كانت للزوج عند موته وصار ميراثا فيما بينهم فهى مناقضة فى هذه الدعوى بعد ذلك وكذلك اذا اقتسموا فأصاب كل انسان طائفة بجميع ميراثه عن أبيه ثم ادعى أحدهم فى قسم الآخر بناء أونخلا زعم أنه هو الذى بناه أو غرسه وأقام البينة بذلك لم يقبل منه لانه قد سبق منه الاقرار أن جميع ذلك ميراث لهم من الاب لان هذا القسم صار ميراثا لاخيه من أبيه وذلك يمنعه من دعوى الملك لنفسه لا من جهة أبيه ولو اقتسموا دارا أو أرضا فيها زرع ونخيل حامل ولم يذكروا الحمل في القسمة وانما أشهدوا بما أصاب كل واحد منهم بميراثه من أبيه فان الزرع والثمار لا يدخلان فى هذه القسمة حتى كان لكل واحد منهم أن يطالب نصيبه منها لان القسمة فى هذا كالبيع وقد بينا أن الثمار والزرع لا يدخلان فى البيع ان لم يشترط بكل قليل وكثير هو منه أوفيه فكذلك لا يدخلان فى القسمة ولو كانت للدار والارض غلة من اجارة كانت أومن ثمن ثمرة دين على رجل لم يدخل ذلك فى القسمة لانه غير متصل بما جرت القسمة بينهم فيه

وبقي ذلك بينهم على المواريث ولو شرطوا ذلك فى قسم رجل كانت القسمة فاسدة لان كل واحد منهم يصير مملكا نصيبه من ذلك الدين ممن شرط له بما ملك عليه من نصيبه من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لايجوز ولو اقتسموا على أن ضمن أحدهم دينا على الميت مسمى كان هذا باطلا اذا كان فى أصل القسمة لان القسمة كالبيع ولو شرط على المشترى فى البيع أن يضمن دينا على البائع كان باطلا فكذلك اذا شرط فى القسمة وان ضمنه بغير شرط فى القسمة على أن لايبيع الوارث الميت ولا ميراثه بشئ من ذلك وعلى أن يبرئ الغرماء الميت كان هذا جائزا ان رضى الغرماء بضمانه كما لو ضمنه أجنبي آخر بشرط براءة الميت ورضى الغرماء بذلك وهذا لان المانع من القسمة قيام الدين على الميت وقد زال ذلك فان أبى الغرماء أن يقبلوا ضمانه فلهم نقض القسمة لقيام دينهم على الميت وهو مانع من نفوذ القسمة وان تراضوا بضمانه وابرؤا الميت ثم نوى المال عليه رجعوا فى مال الميت حيث كان لانهم أبرءوه بشرط وهو أن يسلم لهم دينهم من جهة الضامن فاذا لم يسلم كانوا على حقهم في اتباع تركة الميت بمنزلة المحتال عليه اذا مات مفلسا فان الدين يعود الى ذمة المحيل والله أعلم بالصواب

باب دعوى الغلط فى القسمة

(قال رحمه الله واذا اقتسم القوم أرضا ميراثا بينهم أو شراء وتقابضوا ثم ادعى أحدهم غلطا فى القسمة فانه لايشتغل باعادة القسمة بمجرد دعواه) لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعي الغلط يدعى لنفسه حق الفسخ بعد ماظهر سبب لزوم العقد وقوله فى ذلك غير مقبول كالمشترى اذا ادعي لنفسه خيارا بسبب العيب أو الشرط ولكن ان أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذى حق حقه لان المعتبر فى القسمة المعادلة وقد ثبت بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد كما لو ثبت المشتري العيب بالبينة وان لم يكن له بينة وأراد ان يستحلفهم على الغلط فله ذلك لانهم لو أقروا بذلك لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا عليهم لرجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه الي نصيبه ثم يقسم ذلك بينهما علي قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقراره حجة عليه دون غيره ففيما فى يده يجعل كان ماأقر به حق فيقسم بينهما على قدر نصيبهما وكذلك

كل ما يقسم فهو على هذا لا يعاد ذرع شيء من ذلك ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه إلا بحجة لان الظاهر ان القسمة وقعت على سبيل المعادلة وانه وصل الى كل ذى حق حقه والبناء على الظاهر واجب مالم يثبت خلافه واذا اقتسم رجلان دارين وأخذ احدهما دارا والآخر دارا ثم ادعى احدهما غلطا وجاء بالبينة ان له كذا كذا ذراعا فى الدار التي في يد صاحبه وفصلا فى قسمة فانه يقضى له بذلك الذرع ولا تعاد القسمة وليس هذا كالدار الواحدة فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله واما في قول أبي حنيفة فالقسمة فاسدة والدار ان بينهما نصفان لان الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان هذه القسمة بمنزلة البيع حتى لا تجوز الا بالتراضى وبيع كذا كذا ذراعا من الدار التى فى يد الغير لا يجوز فى قول أبي حنيفة رحمه الله وقد بيناه فى البيوع فكذلك اذا شرط ذلك لاحدهما فى دار صاحبه فى القسمة كانت القسمة فاسدة وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا بمنزلة البيع أيضا لما بينا ان قسمة الجبر فى الدار انما تجري عندهما اذا رأى القاضى المصلحة فيه فأما بدون ذلك فهو كالبيع ولكن من أصلهما أن بيع كذا كذا ذراعا من الدار جائز فكذلك اشتراط ذلك فى القسمة لاحدهما لا يمنع صحة القسمة وبه فارق الدار الواحدة لان معنى التميز هناك يغلب على المعاوضة فى القسمة ولهذا لا يجبر عليه بعض الشركاء عند طلب البعض فاذا شرط لاحدهما كذا كذا ذراعا فى نصيب صاحبه لا يحصل التميز بهذه القسمة بل الشرط والشيوع يبقى بذلك القدر فلا تصح القسمة بخلاف الدارين فمعنى المعاوضة هناك يغلب على ما بينا وتتحقق المعاوضة مع شرط كذا كذا ذراعا لاحدهما في دار صاحبه واذ اقتسما أقرحة فأصاب أحدهما قراحان والآخر أربعة أقرحة ثم ادعى صاحب القراحين أحد الاقرحة التى في يد الآخر وأقام البينة انه له فأصابه فى قسمة فانه يقضي له به لانه أثبت الملك لنفسه فى تلك العين بالقسمة وأثبت انه لم يقبضه واستولى عليه شريكه بغير حق فيقضي له بذلك كما لو ثبت ذلك باقرار صاحبه وكذلك هذا فى الاثواب فان لم يكن للمدعى بينة كان له أن يستحلف الذى فى يده الثوب لان ذى اليد مستحق له باعتبار يده ظاهرا ولكن لو أقر بما ادعى حق صاحبه أمر بتسليمه اليه فاذا أنكر استحلف على ذلك وان أقام البينة على ثوب بعينه مما فى يد صاحبه انه أصابه فى قسمة وجاء الآخر ببينة انه أصابه في قسمة فالبينة بينة الذى ليس الثوب في يده لان دعواهما فى الثوب دعوى الملك وبينة الخارج فيه تترجح على بينة ذى اليد لانه هو المحتاج

الى اقامة البينة وهو المثبت على صاحبه لما يدعيه بالبينة وكذلك هذا الاختلاف فى بيوت الدار وان اقتسما مائة شاة فاصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة ثم ادعى صاحب الاوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته على ذلك وهذه المسئلة فى الحاصل على ثلاثة أوجه أحدها ان يدعى الغلط فى التقويم وذلك غير مسموع منه وان أقام البينة على ذلك لانه ساع فى نقض ما قد تم به والقيمة تعرف بالاجتهاد وذلك يختلف باختلاف المقومين واختلاف الاوقات والامكنة ولانه بهذه البينة لا يثبت شيئا فى ذمة غيره انما يثبت قيمة ما تناوله فعل القسمة وفعل القسمة لاقى العين دون القيمة وذلك يختلف باختلاف مقدار القيمة بخلاف الغصب فان بينة المغصوب منه على مقدار قيمته تقبل لانه يثبت ذلك دينا فى ذمة الغاصب فالمغصوب مضمون بالقيمة دينا فى ذمة الغاصب توضيحه أن القسمة في معنى البيع ومع بقاء عقد البيع لا تقبل البينة على قيمة المبيع من أحد المتعاقدين على صاحبه فكذلك في القسمة والثانى أن تكون الدعوى فى عدد ما أخذ كل واحد منهما بان قال أحدهما لصاحبه احدث احدى وخمسين غلطا أو أحدث أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما أحدث أنا الا خمسين فالقول قوله مع يمينه وعلى المدعى البينة لان الاختلاف بينهما فى مقدار المقبوض فالقول قول المنكر للزيادة وعلى من يدعى الزيادة فيما قبض صاحبه اثباته بالبينة ولانه يدعى شاة مما فى يد صاحبه انها ملكه اصابته فى القسمة وصاحبه ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه والثالث ان قال أخطأنا فى العدد وأصاب كل واحد منا خمسين خمسين وهذه الخمسين خطأ كان منا وقال الآخر قد اقتسمنا على هذا لك خمس وأربعون ولى خمس وخمسون وليس بينهما بينة والغنم قائمة بعينها تحالفا وتراد لان القسمه فى معنى البيع واختلاف المتبايعين في البيع حال قيام السلعة توجب التحالف والتراد فكذلك فى القسمة لانه عقد محتمل للفسخ بعد لزومه بالتراضى فيفسخ بالتحالف أيضا وان أقام كل واحد منهما بينة على ذلك ردت بالقسمة لان صاحب الخمس وأربعين هو المدعى وهو المثبت ببينته فيترجح كذلك بينته ويصير كأن خصمه صدقه فيما قال فتبطل القسمة ويستقبلانها على وجه المعادلة واذا اقتسما دارا ولم يشهدا على القسمة حتى اختلفا فقال هذا أصابنى هذه الناحية وهذا البيت فيها وقال الذي هى فى يديه أصابنى هذا كله تحالفا وترادا لان الاختلاف بينهما فى المعقود عليه فى الحاصل وان كانت لهما بينة على القسمة أنفذت بينهما على ماشهد به الشهود كما لو اتفق الخصمان عليه وهذا لان ما أصاب

كل واحد منهما معلوم بحدة وقد تحقق التميز بينهما بهذه القسمة بخلاف ماتقدم فهناك أثبت بينة صاحب الخمس وأربعين انه بقي من حقه خمس شائعة فيما أخذه صاحبه فلهذا تبطل القسمة وان اختلفا فى الحد فيما بينهما فقال احدهما هذا الحد لى قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر هذا الحد لى قد دخل فى نصيب صاحبه فان قامت لهما بينة أحدث بينة هذا وبينة هذا لان كل واحد منهما ثبت الملك لنفسه فى جزء مما فى يد صاحبه بعينه واجتمع ذلك الجزء بينة الخارج وبينة ذى اليد فيترجح بينة الخارج وان لم تقم لهما بينة أستحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وجعل لكل واحد منهما يدعى لنفسه جزءا معينا فى يد صاحبه وان أراد أحدهما أن يرد القسمة ردها بعد ما يتحالفان لما بينا أن الاختلاف بينهما فى المعقود عليه وفي مقدار ماحصل لكل واحد منهما بالقسمة وذلك موجب للتحالف وبعد التحالف ترد القسمة اذا طلب ذلك احدهما كما فى البيع *رجل مات وترك دارا وابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد منهما النصف وأشهد على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعي أحدهما بيتا فى يد صاحبه لم يصدق علي ذلك الا أن يقر به صاحبه من قبل أن قد أشهد على الوفاء يعنى أنه أقر باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه فى يد صاحبه فلا تقبل بينته على ذلك ولكن ان أقر به صاحبه فاقراره ملزم اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعى ثبت الاستحقاق له ولو لم يكن له أشهد بالوفاء ولم يسمع منه اقرار بالقسمة حتى قال اقتسمنا فاصابنى فى هذه الناحية وهذا البيت والناحية فى يده والبيت فى يد صاحبه وقال شريكه بل أصابنى البيت وما فى يدى كله فانى أسأل المدعى عن البيت أكان فى يد صاحبه قبل القسمة فلم يدفعه اليه أو غصب منه بعد القسمة فان قال كان فى يدى بعد القسمة فغصبنا ه وأعرته أو أجرته لم أنقض القسمة لتصادقهما على شريكه بقبض كل واحد منهما جميع نصيبه وبقي دعواه أن البيت وصل الى يد صاحبه من يده وصاحبه جاحد لذلك فالقول قوله مع يمينه وان كان قال فى يد صاحبي قبل القسمة فلم يسلمه الي تحالفا ويراد أن الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما بالقسمة وقد بينا أن الاختلاف فى المعقود عليه يوجب التحالف في القسمة فكذلك الاختلاف في الحد وعلى هذه القسمة فى جميع أجناس الاموال يكون الجواب على التقسيم الذى قلنا اذا ادعى أحدهما شيئا فى يد صاحبه ولو ادعى غلطا فى الذرع فقال أصابنى الف وأصابك الف فصار فى يدك الف ومائة وفي يدى تسعمائة وقال الآخر أصابك ألف وأصابنى الف فقبضتها

ولم أزد فالقول قول الذي يدعي قبله الغلط مع يمينه لان صاحبه يدعى عليه أنه قبض زيادة على حقه وهو منكر لذلك وان قال أصابني الف ومائة وأصابك الف ومائة وقال الآخر أصابني الف وأصابك الف فقبضت أنت الفا ومائة وقبضت تسعمائة تحالفا وتراضيا لانهما تصادقا على أن المدعى عليه قبض الف ومائة وانما الاختلاف بينهما في مقدار نصيبه بالقسمة فالمدعى يقول نصيبك الف والمدعى عليه يقول نصيبي الف ومائة والاختلاف فى المعقود عليه يوجب التحالف بينهما ولان المدعى لم يقر بقبض المائة هنا والمدعى عليه يدعى ذلك فلا بد من استحلافه وقد توجهت اليمين على المدعى عليه لما بينا فلهذا تحالفا وترادا ولو قال كنت قبضتها فقبضتها لم أنقض القسمة وأحلف المدعى قبله الفصل لانهما تصادقا على انتهاء القسمة بقبض كل واحد منهما تمام نصيبه ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وهذا هو الحرف الذى تدور عليه هذه الفصول أن القسمة حيازة وتمامها بالقبض فاذا تصادقا على قبض كل واحد منهما تمام نصيبه بالقسمة لم يكن الاختلاف بينهما بعد ذلك اختلافا فى المعقود عليه واذا اختلفا فى مقدار ماقبضه كل واحد منهما كان ذلك اختلافا فى المعقود عليه فيثبت حكم التحالف بينهما ولو اقتسما مائة شاة فصار فى يد أحدهما ستون وفى يد الآخر أربعون فقال الذي فى يده الأربعون أصاب كل واحد منا خمسون وتقابضنا ثم غصبنى عشرا باعيانها وخلطتها بغنمك فهى لا تعرف وجحد ذلك الآخر الغصب وقال بل أصابنى ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه لتصادقهما على أن كل واحد منهما قبض كمال حقه بالقسمة ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وأنكر صاحبه ذلك فالقول قوله مع يمينه فلو قال الاول أصابنى خمسون فدفعت الى أربعين وبقى في يدك عشرة لم تدفعها الى وقال الآخر أصابنى ستون وأصابك أربعون تحالفا وتراد الان الاختلاف بينهما فى مقدار ماأصاب كل واحد منهما ولو كان أشهد عليه بالوفاء قبل هذه المقالة كان القول قول الذي فى يده ستون لاقرار صاحبه باستيفاء كمال حقه ولا يمين عليه لان صاحبه مناقض فى الدعوى بعد ذلك الاقرار وبالدعوى مع التناقض لا يستحق اليمين على الخصم فان ادعى الغصب بعد القبض حلف المنكر عليه لان دعوى الغصب منه دعوى صحيحة ولا تناقض فيها فيستوجب فيها اليمين على المنكر وان لم يشهد بالوفاء فقال الذى فى يده الاربعون كانت غنم والدى مائة شاة فأصابنى خمسون وأصابك خمسون وتقابضنا ثم غصبنى عشرا وهى هذه وقال الذى فى يده الستون بل كانت

غنم والدى مائة وعشرين فأصابني ستون وأنت ستون ولم أغصبك وقد تقابضنافان هذا قد أقر بفصل عشر من الغنم ليس فيها قسمة لان الآخر انما أقر بقسمة المائة وهو منكر للقسمة فما زاد على المائة وقد أقر ذو اليد ان هذه العشرة زيادة على المائة وادعى القسمة فيها ووصول مثلها الى صاحبه وصاحبه منكر فالقول قوله مع يمينه واذا حلف بقيت هذه العشرة في يده غير مقسومة فيردها ليقسم بينهما فان لم يقر بفصل على مائة وقال كانت مائة فأصابني ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه على الغصب الذى ادعاه صاحبه قبله من قبل أن شريكه قد أبرأه من خصه المائة ولم يبرأ من حصته من الفضل عليها فان كانت قائمة بعينها اقتسماها نصفين والا أفسدت القسمة لجهالة العشرة التى لم تتناولها القسمة فالغنم تتفاوت وبجهالة ما لم تتناوله القسمة يصير ما تناولته القسمة مجهولا فالسبيل أن ترد الستون والاربعون وتستقبل القسمة فيما بينهما لفساد القسمة الاولى والله أعلم

باب قسمة الوصى على أهل الوصية والورثة

(قال رحمه الله واذا كان فى الميراث دين على الناس فادخلوه في القسمة لم يجز لما بينا ان من وقع الدين فى نصيبه يكون متملكا على أصحابه نصيبهم من الدين بعوض وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز) وكذلك لو اقتسموا الدين فاخذ كل واحد منهم من حقه فيها دينا على رجل خاصة لم يجز لان كل واحد منهم مملك نصيبه مما فى ذمة زيد من صاحبه لم تملك عليه من نصيبه مما فى ذمة عمر واذا كان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز بعوض عين فلان لا يجوز بعوض دين أولى وكذلك ان كان الدين كله على رجل واحد فقسمتهم فيه قبل القبض باطلة لان القسمة حيازة ولا يتحقق ذلك فيما في الذمة ولا تجوز قسمة وصى الاب بين الصغيرين لان القسمة فى معنى المعاوضة وليس للوصى ولاية بيع مال أحد القسمين من صاحبه لانه لا ينفرد بالتصرف الا عند منفعة ظاهرة لليتيم وفى هذا التصرف أن نفع احدهما أضر بالآخر وان كان معهم ورثة كبار فان قسم نصيب الصغيرين معا جاز ذلك لان المعاوضة فى مال الصغيرين مع الوارث الكبير جائزة فكذلك قسمة نصيب الصغيرين معا مع الوارث الكبير (قال) فى الاصل وكذلك الاب ومراده هذا الفصل لا ما قبله فقسمة الاب مع ابنيه الصغيرين جائزة لانه يملك بيع مال أحدهما من صاحبه بخلاف الوصي فيفرده

بالتصرف ولا يتقيد بشرط منفعة ظاهرة للصبي ولا تجوز قسمة وصي الميت على الكبار وهم كارهون لانه لا ولاية له عليهم في المعاوضة والتصرف في مالهم اذا كانوا حضورا فان كان فيهم غائب فقاسم الوصي عليه لم يجز في العقار وجاز في غيره لأن القسمة في العروض من الحفظ وللوصي ولاية الحفظ في نصيب الكبير الغائب فكان له في نصيبه من القسمة ما يرجع الى الحفظ فاما العقار فحصته بنفسها وليس في قسمتها معنى الحفظ بل هو مطلق التصرف ولا ولاية له في نصيب الكبير الغائب في مطلق التصرف وان كان فيهم صغير وكبير غائب وكبير حاضر فعزل الوصي نصيب الكبير الغائب مع نصيب الصغير وقاسم الكبار الحضور فهو جائز في العقار وغيرها في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على الكبير الغائب في العقار وهذه تنبني على ما بيناه في كتاب الشفعة ان عند أبي حنيفة بثبوت ولايته في نصيب الصغير يملك بيع جميع التركة من العقار وغيره وعندهما لا يملك البيع الا في نصيب الصغير فكذلك القسمة لان فيها معنى البيع وكذلك الحكم في وصي الذمي لانه في ملك التصرف كوصي المسلم فان كان الوصي ذميا والميت ورثته مسلمين فانه يخرج من الوصية لان في الوصية نوع ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم وان قاسم علي الصغير قبل أن يخرج جازت قسمته مثل قسمة الوصي المسلم لان القسمة تصرف منه كسائر التصرفات والانابة في التصرف بعد الموت كالانابة في الحياة بالوكالة ولو وكل المسلم ذميا بالتصرف نفذ تصرفه عليه فكذلك اذا جعله وصيا في التصرف بعد موته قلنا ينفذ تصرفه بطريق النيابة ما لم يخرج من الوصاية لاعتبار معنى الولاية وكذلك لو كان الوصي عبدا لغير الميت فهو وصي نافذ التصرف بطريق النيابة بمنزلة ما لو وكله في حياته حتى يخرجه القاضي من الولاية فالرقيق ليس من أهل أن تثبت له الولاية علي غيره لانه لا ولاية له علي نفسه وانما يتعدى الى الغير عند وجود شرط التعدي ما كان للمرء من الولاية علي نفسه ولا تجوز قسمة الكافر والمملوك على الولد الصغير الحر المسلم كما لا تجرى عليه سائر تصرفاته لانه لا ولاية له عليه وهو ليس بنائب عن الصغير في التصرف لينفذ بطريق النيابة ويجعل كتصرف المنوب عنه ولا يجوز قسمة الحربي المستأمن على ابن صغير له ذمي لان الذمي من أهل دارنا ولا ولاية للحربي على من هو من أهل دارنا ويجوز على ابن له مثله لثبوت ولايته عليه قال الله تعالي والذين كفروا بعضهم أولياء بعض الاية ولا تجوز قسمة المرتد اذا قتل على ردته على ولد له صغير مثله مرتد

لانه لاولاية له عليه ولانه لاولاية له على التصرف فى ماله اذا قتل على ردته حتى تبطل قسمته لنفسه وسائر تصرفاته اذا قتل على الردة فى قول أبى حنيفة رحمه الله فنى حق ولده الصغير أولى والمعتوه المغلوب بمنزلة الصغير فى جميع ما وصفنا لانه لاولاية له على نفسه وهو محتاج الى تصرف الولى له كالصغير وأما المبرسم والمغمى عليه والذى يجن ويفيق فلا تجوز عليه القسمة إلا برضاه أو وكالته فى حال افاقته لان بهذه العوارض لا تزول ولايته عن نفسه فلا يصير موليا عليه واذا كان يجوز تنفيذ التصرف له وعليه برأيه فى حال افاقته بطريق التوكيل فلا حاجة الى اقامة رأى الولى مقام رأيه بخلاف الصغير والمعتوه فانه لا يمكن تنفيذ التصرف له وعليه باعتبار رأيه فى ذلك فأقمنا رأى الولى مقام رأيه لتحقق الحاجة وأهل الذمة فى القسمة بمنزلة أهل الاسلام الا فى الخمر والخنزير يكون بينهم فأراد بعضهم قسمتها وأبى بعضهم فانى أجبرهم على القسمة كما أجبرهم على قسمة غيرها لان الخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم كالخل والغنم فى حق المسلمين وان اقتسموا فيما بينهم خمرا وفضل بعضهم بعضا فى كيلها لم يجز الفضل فى ذلك فيما بينهم لانه مال الربا فانه مكيل أو موزون وفى حكم الربا هم يستوون بالمسلمين فهو مستثنى من عقد الذمة واذا كان وصى الذمى مسلما كرهت له مقاسمة الخمر والخنزير ولكنه يوكل من يثق به من أهل الذمة فيقاسم الصغير ويبيع ذلك بعد القسمة لان المسلم ممنوع من التصرف فى الخمر والخنزير والقسمة نوع تصرف فينبغى أن يفوض ذلك الى ذمى ولا يشكل جواز ذلك على أصل أبى حنيفة رحمه الله لانه يجوز للمسلم أن يوكل الذمى بالتصرف له فى الخمر والخنزير وكذلك على قولهما هنا لان الوكيل نائب عن الصغير وحكم تصرفه يثبت للصغير (ألا ترى) أنه يرجع بما يلحقه من العهدة فى مال الصغير والوصى فيما يأمر من ذلك كالقاضى وأمر القاضى الذمى بالبيع والقسمة فى خمور يتامى أهل الذمة صحيح فكذلك أمر الوصى به وان وكل الذمى المسلم بقسمة ميراث فيه خمر وخنزير لم يجز ذلك من المسلم كما لا يجوز بيعه وشراؤه فى الخمر والخنزير لانه انما يتصرف للغير بوكالته فى مال يجوز له أن يتصرف فيه لنفسه لو كان مملوكا له وليس للمسلم الوكيل ان يوكل بقسمة ذلك غيره لان الموكل لم يرض برأى غيره فيه فان فوض ذلك اليه فوكل ذميا به جاز واذا أسلم أحد الورثة فوكل ذميا بمقاسمة الخمر والخنزير مع سائر الورثة جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولم يجز فى قولهما لان فى القسمة معنى البيع فهو كالمسلم يوكل الذمى ببيع الخمر والخنزير ولو أخذ نصيبه من الخمر فجعله خلا كان المسلم ضامنا

لحصة شركائه من الخمر التي خللها لان القسمة لم تصح عندهما كمالو باشر بنفسه فاما قبض نصيب شركائه من الخمر بحكم عقد فاسد وقد خللها فيكون ضامنا لنصيبهم من القيمة ويكون الخل له واذا كان في تركة الذمي خمرا وخنزير وغرماؤه مسلمون وليس له وصي فان القاضي يو كل ببيع ذلك رجلا من أهل الذمة فيبيعه ويقضي به دين الميت لان من يأمره القاضي يكون نائبا عن الميت ولهذا يرجع بما يلحقه من العهدة في مال الميت والميت كافر فيجوز بيع الذمي خمرة على سبيل النيابة عنه والغرماء انما يقبضون الثمن بدينهم لاأن يكون بيع قيم القاضي واقعا لهم والمكاتب كالحر في القسمة لانه من صنيع التجار وفيها معنى المعاوضة كالبيع وان عجز بعد القسمة لم يكن لمولاه فسخها لان القسمة تمت في حال قيام الكتابة فهو كبيع أو شراء أتمه المكاتب ومقاسمته مع مولاه جائزة لانه في التصرف مع المولى بيعا أو شراء كاجنبي آخر فكذلك المقاسمة ولا تجوز مقاسمة المولى على المكاتب بغير رضاه سواء كان المكاتب حاضراً أو غائبا لانه في حكم التصرف في كسبه كاجنبي آخر فان فعل ذلك ثم عجز المكاتب وصار ذلك لمولاه لم تجز تلك القسمة كمالا ينفذ سائر تصرفاته بعجز المكاتب لانه حين تصرف كان هو من كسب المكاتب كالاجنبي وان وكل المكاتب بالقسمة وكيلا ثم عجز أو مات لم يجز لوكيله أن يقاسم بعد ذلك لان الوكيل نائب عن الموكل وقد زالت ولاية الموكل بعجزه وبموته حتى لا ينفذ منه هذا التصرف بعد العجز لو باشره لنفسه فكذلك من وكيله وان أعتق فهو على وكالته لان ولايته بالعتق ازدادت قوة فتصرف الوكيل له بعد عتقه كتصرفه بنفسه وان أوصى المكاتب عند موته الى وصي فقاسم الوصي ورثة المكاتب الكبار لولده الصغير وقد ترك وفاء فان قسمته في هذا جائزة على ماتجوز عليه قسمة وصي الحر لانه يؤدي كتابته ويحكم بحريته حال حياته وكانه أدى الكتابة بنفسه ثم مات فيكون وصيه في التصرف على ولده الصغير كوصي الحر وقال في الزيادات وصيه بمنزلة وصي الحر في حق الابن الكبير الغائب حتى يجوز قسمته فيما سوي العقار وما ذكر هناك أصح لانه لا يثبت للمكاتب على ولده الصغير ولاية مطلقة وان استندت حريته الى حال حياته لانه في تلك الحال مشغول بنفسه لا يمكنه أن ينظر الى الولد فلا تثبت له الولاية وانما تثبت الولاية المطلقة للوصي اذا كان للموصي ولاية مطلقة (ألاترى) أن وصي الاخ والام لا يثبت له من الولاية الاقدر ما كان للموصي فهنا أيضا كان للموصي على ولده الصغير المولود في الكتابة من الولاية مايرجع الى الحفظ ولا ولاية له

عليه نوق ذلك فكذلك وصيه بعد موته وما زاد على هذا من البيان قد ذكرناه فى املاء شرح الزيادات وان لم يترك وفاء فقاسم الوصى الولد الكبير للولد الصغير وقد سعوا فى المكاتبة لم يجز لانه لا ولاية له على الولد الصغير فانه مكاتب للمولى اذا اختار المضي على الكتابة فان أدوا المكاتبة قبل أن يردوا القسمة أجزت القسمة لانهم لما أدوا الكتابة حكم بعتق المكاتب وكان وصيه كوصى الحر على هذه الرواية حتى يملك استئناف القسمة فكذلك تنفذ تلك القسمة منه لانه لا فائدة فى الاشتغال بنقض قسمة يحتاج الى اعادتها والعبد التاجر بمنزلة الحر في القسمة لانه من صنيع التجار وهو نظير البيع فاذا قاسم العبد التاجر عبداً تاجرا مثله وهما لرجل واحد جاز ذلك ان كان عليهما دين أو على أحدهما وان لم يكن على واحد منهما دين فقسمتهما باطلة بمنزلة البيع والشراء وهذا لان كسبهما المالك واحد والقسمة فى مال هو خالص لمالك واحد لا تتحقق ولان مقاسمة كل واحد منهما مع عبد مولاه كمقاسمته مع مولاه ولو كانا مكاتبين لرجل واحد جازت قسمتهما لان كل واحد من المكاتبين فى كسبه بمنزلة الحر في التصرف ولا ملك للمولى في كسب واحد منهما فان قاسم العبد التاجر مولاه دارا وعليه دين جازت القسمة وان لم يكن عليه دين لم تجز القسمة لان المولى من كسب عبده المديون بمنزلة الاجنبي فى التصرف وان تصرف العبد لغرمائه وكذلك لو كانت الدار بين العبد ورجل آخر فقاسم مولى العبد الشريك بغير رضاء العبد فان لم يكن على العبد دين فهو جائز وان كان عليه دين قليل أو كثير لم يجز الا أن يسلمه العبد بمنزلة سائر تصرفات المولى فى كسبه وان قاسم العبد التاجر رجلا أجنبيا داراً بغير أمر مولاه وعليه دين أولا دين عليه فهو جائز لانه من نوع التجارة وقد استفاده بمطلق الاذن في التجارة ولا تجوز قسمة العبد المحجور عليه بغير أمر من المولى والحاصل أن القسمة تصرف كالبيع والشراء فانما تصح ممن يملك البيع والشراء فى ذلك المحل ولو كان عبد بين رجلين أذن له أحدهما فى التجارة فاشترى هو ورجل آخر دارا جاز ذلك فى حصة الذى أذن له لان الاذن فك الحجر وقد ثبت ذلك فى نصيب الذى أذن له فينفذ تصرفه باعتباره في حصته كما لو كاتب أحد الشريكين نصيبه من العبد وان قاسم العبد شريكه فهو جائز كما لو باع نصيبه من شريكه أو من غيره جاز ذلك لثبوت حكم انفكاك الحجر فى نصيب الاذن منه ولو كانت دار بينه وبين مولاه الذى لم يأذن له فقاسمها اياه جاز ذلك لان نفوذ تصرفه مع الاجنبي بسبب انفكاك الحجر عنه فى نصيب

الاذن والمولى الذى لم يأذن له من نصيب الاذن كالاجنبي وهو نظير مالو كاتبه أحد المولين على نصيبه باذن شريكه فانه تجوز قسمته وسائر تصرفاته باعتبار هذا الفك مع الاجنبي ومع المولى الآخر فكذلك بعد الاذن من أحدهما له فى التجارة والله أعلم بالصواب

كتاب الاجارات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء إعلم أن الاجارة عقد على المنفعة بعوض هو مال والعقد على المنافع شرعا نوعان أحدهما بغير عوض كالعارية والوصية بالخدمة والآخر بعوض وهو الاجارة وجواز هذا العقد عرف بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا أى فى العمل باجر وقال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام على أن تأجرنى ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك وما ثبت شريعة لمن قبلنا فهو لازم لنا مالم يقم الدليل على انفساخه وقال صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه فالامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون ويستأجرون فاقرهم على ذلك وبين أحكامه وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن القياس يأبى جواز هذا العقد لانه يرد على المعدوم وهى المنفعة التي توجد في مدة الاجارة والمعدوم ليس بمحل للعقد لانه ليس بشئ فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه ولانه ملك المعقود عليه بعد الوجود لابد منه لانعقاد العقد والمعدوم لايوصف بأنه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا لان المعاوضات لاتحتمل الاضافة كالبيع والنكاح (قال) رضى الله عنه وهذا عندى ليس بقوي واشتراط الوجود والملك فيما يضاف اليه العقد لعينه بل للقدرة على التسليم وذلك لايتحقق فى المانع فان الوجود يعجزه عن التسليم بحكم العقد هنا لان المنافع أعراض لاتبقى وقتين والتسليم حكم العقد والحكم يعقب السبب فلا يتصور بقاء الموجود من المنفعة عند العقد الى وقت التسليم فاذا كان بالوجود يتحقق العجز عن التسليم عند وجوب التسليم فلا معنى لاشتراط الوجود عند العقد ولكن تقام العين المنتفع بها موجودة فى ملك العقد مقام المنفعة فى حكم جواز العقد ولزومه كما تقام المرأة مقام ماهو المقصود بالنكاح فى حكم العقد والتسليم وتقام الذمة التي هى محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه فى حكم جواز السلم أو

يجعل العقد مضافا الانعقاد الى وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمكن من استيفاء المعقود عليه وهو معنى قول مشايخنا رحمهم الله أن الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب مايحدث من المنفعة وانما يفعل كذلك لحاجة الناس فالفقير محتاج الى مال الغني والغني محتاج الى عمل الفقير وحاجة الناس أصل فى شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقا لاصول الشرع ثم يرد هذا العقد تارة على المنفعة وعلى العمل أخرى وفي الوجهين لابد من اعلام ما يرد عليه العقد على وجه تنقطع به المنازعة فاعلام المنفعة ببيان المدة أو المسافة وذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه لا للتوقيت فى العقد فان المنافع لما كانت تحدث شيئا فشيئا فمقدارها يصير معلوما ببيان المدة بمنزلة الكيل والوزن فى المقدرات أو ببيان المسافة فان مقدار السير والمشى يصير به معلوما واعلام العمل ببيان محله والمعقود عليه فيه وصف يحدثه فى المحل من قصارة أو دباغة أو خياطة فيختلف مقداره باختلاف المحل ولهذا لا يتعين عليه اقامة العمل بيده الا أن يشترط عليه ذلك فحينئذ يجب الوفاء بالشرط لانه مفيد فبين الناس تفاوت فى إقامة العمل بايديهم وكما يجب اعلام ما يرد عليه العقد يجب اعلام البدل لقطع المنازعة وقد دل عليه الحديث الذى بدأ به الكتاب ورواه عن أبى هريرة وأبى سعيد رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته وقال لا تناجشوا ولا تبيعوا بالقاء الحجر ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا حديث طويل بدأ ببعضه كتاب النكاح وببعضه كتاب الاجارات وهو مشهور تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول وبالعمل به وفيه دليل على أنه لا يحل الاستيام على سوم الغير وهذا اللفظ يروى بروايتين بكسر الميم فيكون نهيا والنهى مجزوم ولكن المجزوم اذا حرك لاستقبال الألف واللام حرك بالكسر ويرفع الميم وهو نهى بصيغة الخبر وأبلغ مايكون من النهى هذا كالامر فان أبلغ الامر ما يكون بصيغة الخبر قال سفيان بن عيينة رحمه الله بظاهر الحديث اذا استام على سوم الغير واشترى أو نكح على خطبة الغير فالعقد باطل لان النهي يوجب فساد المنهى عنه ولكنا نقول هذا نهى لمعنى فى غير المنهى عنه غير متصل به وهو الاذى والوحشة الذى يلحق صاحبه وذلك ليس من العقد فى شيء فيوجب الاستياء ولا يفسد العقد كالنهى عن الصلاة فى الارض المغصوبة ثم هذا النهى بعد ماركن احدهما الى صاحبه فاما اذا ساومه بشيء ولم يركن أحدهما الى صاحبه فلا بأس للغير أن يساومه ويشتريه

على ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بعبد فساومه ولم يشتره فاشتراه آخر فأعتقه الحديث وهذا لان بيع المزايدة لا بأس به على ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قعبا وحلسا ببيع من يزيد وصفة بيع المزايدة ان ينادى الرجل على سلعته بنفسه أو بنائبه ويزيد الناس بعضهم على بعض فمالم يكف عن النداء فلا بأس للغير أن يزيد واذا ساومه انسان بشئ فكف عن النداء ورضي بذلك فحينئذ يكره للغير أن يزيد ويكون هذا استياما على سوم الغير وكذلك اذا خطب امرأة ولم تركن اليه فلا بأس للغير أن يخطبها على ماروي أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان معاوية يخطبني وان أبا الجهم يخطبني فقال صلى الله عليه وسلم أما معاوية فرجل صعلوك لا مال له وأما أبو الجهم فهو لا يرفع العصا عن أهله أنكحي أسامة بن زيد فانك تجدين فيه خيرا كثيرا فاما بعد ماركن أحدهما الى صاحبه لا يحل لاحد أن يخطبها لان معنى الاذى انما يتحقق فى هذه الحال والمراد بالنجش الاثارة ومنه سمي الصياد ناجشا لانه ينثر الصيد عن أوكارها فالمراد أن يطلب السلعة بثمن يعلم أنها لا تساوى ذلك ولا يقصد شراؤها وانما يقصد أن يرغب الغير فى شرائها به وهذا من باب الخداع والغرور وقوله ولا تبيعوا بالقاء الحجر وفى بعض الروايات ولا تنابذوا وهو عبارة عن هذا المعنى أيضا فالنبذ هو الطرح وهذه أنواع بيوع كانوا تعارفوها فى الجاهلية وهى أن يرمى الحجر الى سلعة انسان فان أصابها وجب البيع بينهما أو يطلب سلعة من انسان فان طرح اليه صاحبها وجب البيع بينهما ثم نهى الشرع عن ذلك لما فيه من الغرر كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ومقصوده آخر الحديث ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا دليل جواز الاجارة وجواز استئجار الحر للعمل ووجوب اعلام الاجر وانه لا يجب تسليم الاجر بنفس العقد لانه أمر بالاعلام ولو كان التسليم يجب بنفس العقد لكان الاولى أن يقول فليؤته أجره وفى قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه دليل على ذلك أيضا فانه أمر بالمسارعة الى أداء الاجرة وجعل أول أوقات المسارعة مابعد الفراغ من العمل قبل جفوف العرق فدل أن أول وقت الوجوب هذا وعن أبى امامة قال قلت لعبد الله ابن عمر رضي الله عنهما أنى أكرى ابلى الى مكة أفتجزيني من حجتى فقال ألست تلبي وتقف وترمى الجمار قلت بلى قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سالتنى عنه فلم يجبه حتى أنزل الله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال صلى الله عليه وسلم أنتم حاج

وفى هذا دليل جواز الاجارة وجواز كراء الابل الى مكة شرفها الله من غير بيان المدة لان ذكر المسافة فى الاعلام كبيان المدة ثم أشكل على السائل حال حجه لان خروجه كان لتعاهد ابله واكتساب الكراء لنفسه وهو موضع الاشكال فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل من أشراط الساعة اكتساب الدنيا بعمل الآخرة فازال ابن عمر رضي الله عنهما اشكاله بماذكر له من مباشرة أعمال الحج وهذا بيان له أن بالذهاب لايتأذى الحج وانما يتأذى بالاحرام والوقوف والطواف والرمى وهو بهذه الاعمال لايبتغى عرض الدنيا وهذا جواب تام لو اقتصر عليه ولكنه أحب أن يزيده وضوحا فروى الحديث لان الاول دليل يستدرك بالتأمل وقد شبه ذلك بالسراج والخبر دليل واضح وهو مشبه بالشمس وكم من عين لا تبصر بضوء السراج وتبصر اذا بزغ الضياء الوهاج ثم فيه دليل أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينتظر زول الوحي في بعض مايسأل عنه فانه آخر جواب هذا السائل حتى نزلت الآية ثم بين له أنه لا نقصان فى الحج وأهل الحديث يروون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التجارة فى طريق الحج ولما كان اكراء الابل فى معناه روى ابن عمر رضي الله عنهما الحديث فيه وعلى هذا قلنا الرستاقى اذا دخل المصر يوم الجمعة لشراء الدهن واللحم وشهد الجمعة فهو في الثواب والذي لاشغل له سوى اقامة الجمعة سواء لان مقصود المسلم اقامة العبادة فيما سوى ذلك يكون تبعا له ولا يتمكن نقصان فى ثواب العبادة وان سعيد بن جبير رضي الله عنه قال أتى رجل الى ابن عباس رضى الله عنهما فقال اني أجرت نفسى من قوم وحططت لهم من أجرى أفيجزيني من حجتى فقال ابن عباس رضى الله عنهما هذا من الدين قال الله تعالى ليس عليكم جناح الآية وانما أشكل على هذا السائل ماأشكل علي الاول وكانه بلغه الحديث الذى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى استؤجر بدينارين للخروج مع المجاهد وانما لك دينارك فى الدنيا والآخرة فظن مثله في الحج وحط بعض الاجر به ليرتفع به نقصان حجه فان الحط احسان وانتداب الى ماندب في الشرع ومثله مشروع جبرا لنقصان الفرائض كالنوافل فازال ابن عباس رضي الله عنهما اشكاله وبين أنه لانقصان فى حجه ولم يأمره بالكف عن حط الاجر وان كان حجه بدونه تماما لان المنع من البر والاحسان لايحسن وهو على ماأفتى به ابن عباس رضى الله عنهما بخلاف حال من استؤجر للخروج مع المجاهد فانه خرج ليخدم غيره لاليباشر الجهاد وهذا خرج ليباشر أعمال الحج ويخدم فى الطريق غيره فكان هذا تبعا لايتمكن به نقصان

في الاصل وعن رافع بن خديج رضي الله عنه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم علي حائط فاعجبه فقال لمن هـذا الحائط فقلت لي استأجرته فقال صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه وفيه دليـل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعجبه من الدنيا مايعجب غيره ولكنه كان لا يركن اليه كما قال الله تعالى ولا تمدن عينيك الى متعنا به الآية وهذا القدر من الاعجاب لا يضر أحدا بخلاف مايقوله جهال المتقشفة أن من أعجبه شئ من الدنيا ينتقص من الايمان بقدره فكيف يستقيم هذا وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حبب الى من دنيا كم ثلاث النساء والطيب وجعلت قرة عيني في الصلاة فلما أعجبه قال صلى الله عليه وسلم لمن هذا وفيه بيان أن هذا ليس من جملة مالا يعني المرء فرسول الله صلي الله عليه وسلم ماكان يتكلم بمالا يعنيه ولكنه من باب الاستئناس وحسن الصحبة وفي قول رافع رضي الله عنه لي استأجرته دليل علي ان الشئ يضاف الى المرء وان كان لا يملكه حقيقة فان رسول الله صـلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك عليه ولهذا قلنا من حلف أن لا يدخل دار فلان فدخل داراً يسكنها فلان باجارة أوعارية حنث وفي الحديث دليل جواز الاستئجار للاراضي ودليل فساد عقد المزارعة فني المزارعة استئجار الارض ببعض مايخرجه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم رافع بن خديج رضي الله عنه عن استئجار الارض بشئ منه فهو حجة أبي حنيفة رضي الله عنه على من أجازه وعن الشعبي رحمه الله في رجل استأجر بيتا وأجره با كثر مما استأجره به أنه لا بأس بذلك اذا كان يفتح بابه ويغلقه ويخرج متاعه فلا بأس بالفضل وفيه دليل أن للمستأجر أن يؤجر من غيره وبه يقول لجواز هذا العقد من المالك قبـل وجود المنفعة كان بالطريق الذي قلنا وهو موجود في حق المستأجر ولان المالك ما كان يتمكن من مباشرة العقد عليها بعد الوجود لانها لا تبقى فكذلك المستأجر ثم بين أنه انما يجوز له أن يستفضل اذا كان يعمل فيه عملا نحو فتح الباب واخراج المتاع فيكون الفضل له بازاء عمله وهذا فضل اختلف فيه السلف رحمهم الله كان عطاء رحمه الله لا يرى بالفضل بأسا ويعجب من قول أهل الكوفة رحمهم الله حيث كرهوا الفضل وبقوله أخذ الشافعي رضي الله عنه وكان ابراهيم رحمه الله يكره الفضل الا أن يزيد فيه شيئا فان زاد فيه شيئا طاب له الفضل وأخذنا بقول ابراهيم رحمه الله وقلنا اذا أصلح في البيت شيئا أوطين البيت أوجصص أوزاد فيه لوحا فالفضل حـلال لان الزيادة بمقابلة ما زاد من عنده حملا لامره على الصلاح وان لم يزد فيه شيئا لا يطيب له الفضل لنهي النبي صلى

الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن والمنفعة بالعقد لم تدخل فى ضمان المستأجر فيكون هذا استرباحا علي مالم يضمنه فعليه أن يتصدق به للنهى عن وكيس البيت ليس بزيادة فيه انما هو اخراج التراب منه فلا يطيب الفضل باعتباره وكذلك فتح الباب واخراج المتاع ليس بزيادة فى البيت فلا يطيب الفضل باعتباره الا أن يكون شرط له من ذلك شيئا معلوما في العقد فحينئذ يكون الفضل بمقابلته ويطيب له وهو تأويل حديث الشعبي رضى الله عنه وعن ابراهيم رحمه الله أنه كان يعجبهم اذا أبضعوا بضاعة أن يعطوا صاحبها أجرا كي يضمنها وهذا منه اشارة إلا انه قول من كان قبله من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فيكون دليلا لمن يضحى الاجير المشترك لان المستبضع اذا أخذ أجرا فهو أجير على الحفظ وهو أجير مشترك ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول ليس فيه بيان السبب الذى به يضمنها فيحتمل أن يكون المراد كى يضمن مايتلف بعمله مما يكون قصد به الاصلاح دون الافساد وبه نقول فالاجير المشترك ضامن لما جنت يده وعن شريح رحمه الله أنه خاصم اليه بقال قد أجره رجل بيتا فالقي فيه مفتاحه فى وسط الشهر فقال شريح رحمه الله هو برئ من البيت وكان هذا مذهب شريح فى الاجارة أنه لا يتعلق بها اللزوم فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه لانه عقد علي المعدوم بمنزلة العارية ولان الجواز للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم ولسنا نأخذ في هذا بقوله فالاجارة عقد معاوضة واللزوم أصل فى المعاوضات ولان فى المعاوضات يجب النظر من الجانبين ولا يعتدل النظر بدون صفة اللزوم ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بحديث شريح رضى الله عنه من وجه فقال ان ألقى اليه المفتاح بعذر له فهو برئ من البيت والعذر ان يريد سفرا أو يمرض فيقوم أو يفلس فيقوم من السوق وما أشبه ذلك وهذا لان شريحا رحمه الله أفتى بضعف هذا العقد ولكن جعله فى الضعف نهاية حيث قال ينفرد بالفسخ سواء كان له عذر أولم يكن ومن يقول لا ينفرد بالفسخ مع وجود العذر فقد جعله نهاية فى القوة وفى الجانبين معنى الضرر فانما يعتدل النظر ويندفع الضرر بما قلنا لان عند الفسخ لعذر بقصد دفع الضرر عن نفسه وعند الفسخ بغير عذر يقصد الاضرار بالغير ولان العقد معاوضة وهو دليل قوته وعدم مايضاف اليه العقد عند العقد دليل ضعفه وما يجاذبه دليلان يوفر حظه عليهما فدليل القوة قلنا لا ينفسخ بغير عذر ولدليل الضعف قلنا ينفسخ بالعذر لان صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة الى دفع الضرر كالمشترى يرد المبيع بالعيب وظاهر مايقوله في الكتاب أنه ينفسخ العقد عند العذر بفعل المشترى ولكن

الاصح ماذكره في الزيادات أن القاضي هو الذي يفسخ العقد بينهما إذا أثبت العذر عندهما في الرد بالعيب وجه هـذه الرواية أن المستأجر غير قابض للمنفعة حتى لم يدخل فى ضمانه فيكون هذا بمنزلة الرد بالعيب قبل القبض ينفرد به من غير قضاء وجه تلك الرواية أن عين الحانوت أقيم مقام المعقود عليه في حكم انعقاد العقد فكذلك فى حكم الفسخ وهو قابض للحانوت فكان هذا نظير الرد بالعيب بعد القبض فلهذا لا يتم الا بالقضاء وعن ابراهيم رحمه الله انه كان لا يضمن الاجير المشترك ولا غيره وفسر الاجير المشترك فى الكتاب بالقصار والخياط والاسكاف وكل من يقبل الاعمال من غير واحد وأجير الواحد أن يستأجر الرجل الرجل ليخدمه شهرا أو ليخرج معه الى مكة وما أشبه ذلك مما لا يستطيع الاجير أن يؤجر فيه نفسه من غيره والحاصل ان أجير الواحد من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنافعه فى حكم العين فان صارت مستحقة بعقد المعاوضة لا يتمكن من ايجابها لغيره والاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه فى حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه بعمل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول فى حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا فى ذمته لا يتعذر عليه به قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقى العين فبعد ما باعه من انسان لا يملك بيعه من غيره ولهذا سمى هذا مشتركا والاول أجير الوحدة ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بقول ابراهيم رضي الله عنه اذا تلفت العين بغير صنعه فلا ضمان عليه سواء كان أجير واحد أو مشترك تلف بما يمكن الاحتراز عنه أو بما لا يمكن وأخذ به أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى أجير الواحد أيضا وفى الاجير المشترك أخذ بقول شريح رحمه الله على ماروى عنه بعد هذا انه كان يضمن الاجير المشترك والاختلاف فيه بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فقد روي عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ماضاع على يده وعن على رضى الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ ونحوهما فلأجل الاختلاف اختار المتأخرون رحمهم الله الفتوى بالصلح على النصف وسنقرر هذه المسائل بطريق المعنى فى مواضعها ان شاء الله تعالى وذكر عن شريح رحمه الله انه كان يضمن الملاح كل شيء الا الغرق والحرق والملاح أجير مشترك وقد بينا أن من مذهب شريح رحمه الله أن الاجير المشترك ضامن

الا مالا يمكن التحرز عنه والذى لا يمكن التحرز عنه هو الحرق الغالب أو الغرق الغالب وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول ان غرقت من مده أو معالجته فهو ضامن لان التلف بفعله والاجير المشترك ضامن لما جنت يده وان احترقت من نار أدخلها السفينة لحاجة له من خبز أو طبخ أو غيره فلا ضمان عليه لان السفينة كالبيت فلا يكون هو معتديا فى ادخال النار السفينة لحاجته واذا كان التلف غير مضاف اليه تسببا ولا مباشرة لم يكن ضامنا وكان ابن أبي ليلي رحمه الله يضمن الاجير المشترك ولكنه كان يقول لا ضمان علي الملاح فى الماء خاصة وان غرقت السفينة من مده لان الغرق غالب لا يمكن الاحتراز عنه فهو كالحرق الغالب والغارة الغالبة ولكنا نقول الاحتراز ممكن بمنع السفينة عند المد والمعالجة من موضع الغرق فاذا حصل التلف بعمله كان ضامنا وعن شريح رحمه الله أنه أتاه رجل بصباغ فقال انى أعطيت هذا ثوبي ليصبغه فاحترق بيته فقال له شريح رحمه الله اضمن له ثوبه فقال الصباغ كيف أضمن له ثوبه وقد احترق بيتي فقال له شريح أرأيت لو احترق بيته أ كنت تدع له أجرك وكان هذا الحرق لم يكن غالبا وكان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه فكانه عرف امكان التحرز عنه باخراج الثوب من البيت أو بامكان اطفاء النار ولكنه تهاون فلم يفعل فلهذا قال له إضمن له ثوبه ثم احتج عليه الصباغ وقال كيف أضمن له وقد احترق بيتي وكانه ادعى بهذا أن الحرق كان غالبا ولم يصدقه شريح رحمه الله لعلمه بخلاف قوله ثم قال أرأيت لو احترق بيته كنت تدع له أجرك ومعنى استدلاله هذا ان الحفظ مستحق له عليك والاجر لك عليه فكما لا يسقط ماهو مستحق لك باحتراق بيته فكذلك لا يسقط ماهو مستحق له باحتراق بيتك ولو كان هذا الصباغ فقيها لبين الفرق ويقول له أيها القاضى قياسك فاسد فالاجر لى فى ذمته وباحتراق بيته لا يفوت محل حقى وحقه فى عين الثوب وباحتراق بيتى يفوت محل حقه ولكن لم يحضره هذا الفرق أو احتشمه فلم يعارضه والتزم حكمه وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله ان احترق بيته بعمل هو متعدى فيه فهو ضامن وان كان بغير عمله فلا ضمان عليه ولا ضمان على أجير الواحد الا اذا خالف ما أمر به وذكر عن أبي جعفر أن عليا رضي الله عنه كان يضمن الخياط والقصار وغيرهما من الصناع احتياطا للناس أن لا يضيعوا متاعهم وعن أبي جعفر أيضا ان عليا رضى الله عنه لم يكن يضمن القصار فى الرواية والصباغ والصائغ ونحو ذلك وعن بكير بن الاشج

قال كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يضمن الصياغ ما أفسدوا من متاع الناس أوضاع على أيديهم وقد بينا اختلافهم فيما اذا حصل التلف بغير صنع الاجير وفى هذا دليل على اجماعهما على تضمين الاجير المشترك لما جنت يده لان قوله ما أفسدوا من متاع الناس عبارة عن التلف بعلمهم فهو دليل على زفر والشافعى رحمهما الله لنا فانهما يقولان لا يضمن ماجنت يده وسيأتيك بيان المسئلة فى موضعه ان شاء الله تعالى وعن ابراهيم ابن أبي الهيثم رحمه الله اتبعت كاذيا من السفن فحملت خوابى منها حمالا فانكسرت الخابية فخاصمته الي شريح رحمه الله فقال الحمال زاحمنى الناس فى السوق فانكسرت قال شريح رحمه الله انما استأجرك لتبلغها أهله فضمنه اياها والكاذى دهن تحمل من الهند فى السفن الي العراق وقيل هو اسم لما يتخذه راكب السفينة من الاوانى كالامتعة لحاجته فيسع ذلك اذا خرج من السفينة وقد بينا أنه كان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك بما يمكن التحرز عنه من الاسباب والحمال أجير مشترك وكثرة الزحام مما يمكن التحرز عنه بأن يصبر حتى يقل الزحام فلهذا ضمنه وعلى قول أبي حنيفه رحمه الله لا ضمان على الحمال فيما تلف فى يده بفعل غيره وهو ضامن اذا تعثر أو زلقت رجله لان ذلك من فعله والقول قوله بعد أن يحلف لانه أمين عنده فاذا أنكر السبب الموجب للضمان عليه كان القول قوله مع يمينه وعن ابن سيرين رحمه الله قال كان شريح رحمه الله اذا أتاه حائك بثوب قد أفسده قال رد عليه مثل غزله وخذ الثوب وان لم ير فسادا قال على بشاهدى عدل على شرط لم يوفك به وفيه دليل على أن الاجير المشترك اذا افسد كان ضامنا لصاحب المال مثل ماله فيما هى من ذوات الامثال والغزل من ذوات الامثال وان أداء الضمان يوجب الملك له فى المضمون وبآخر الحديث أخذ ابن أبي ليلى رحمه الله فيقول اذا اختلفا في الشرط القول قول الحائك وعلي رب الثوب البينة أنه خالف شرطه وعندنا القول قول رب الثوب لان الاذن مستفاد من جهته فالقول قوله فى صفته وعن عامر رحمه الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل باع حرا وأكل ثمنه واسترق الحر ورجل استأجر أجيرا واستوفي عمله ومنعه أجره ورجل أعطاني ثم غدر واللفظ الذى ذكر فى هذا الحديث أبلغ مايكون من الوعيد فرسول الله صلى الله عليه وسلم شفيع لامته وكل مؤمن يرجو النجاة بشفاعته فاذا صار الشفيع خصما يستد الامر وهو معنى قوله ومن كنت خصمه خصمته

أي ألزمته وحججته فاما قوله رجل باع حراً وأكل ثمنه فالمراد صورة البيع لا حقيقته فالحر ليس بمحل لحقيقة البيع وبيع الحر يرتكب الكبيرة ولكن باستعمال صورة البيع فسمى فعله بيعا وما يقبض بمقابلته ثمنا مجازاً ومن يفعل ذلك بحر فقد استذله والمؤمن عزيز عند الله ورسوله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خصم لمن يستذله وانما يتمكن من ذلك بقوته وضعف ذلك الحر ورسول الله صلى الله عليه وسلم خصم عن كل ضعيف وهو يظلمه باسترقاقه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يذب عن كل مظلوم حتى ينتصف من ظالمه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم ورجلا استأجر أجيرا فاستوفى عمله ومنعه أجره لانه استذله بالعمل واستزبنه بمنع الاجر وظلمه فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يذب عنه وفيه دليل جواز استئجار الاجير وان الأجر لا يملك بنفس العقد لانه ألحق الوعيد به بمنع الاجر بعد العمل فلو كان الاجر يجب تسليمه بنفس العقد لما شرط استيفاء العمل لذكر الوعيد على منع الاجر وقوله صلى الله عليه وسلم ورجل أعطاني ثم غدر أي أعطى كافرا أمان الله وأمان رسوله ثم غدر وهو معنى ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول في وصيته لامراء السرايا وان أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم وهذا يرجع الى مابينا من المعنى فالمستأمن يكون مستذلا فى ديارنا فاذا غدره واستحقره بعد اعطاء الامان بالله ورسوله فقد ظلمه وعن أبي نعيم رحمه الله عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان والمراد بعسب التيس أخذ المال على الضراب وهو انزاء الفحول على الاناث وذلك حرام فانه يأخذ المال بمقابلة الماء وهو مهين لا قيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم مالا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه وهو ينبني على نشاط الفحل أيضا وكذلك قفيز الطحان وهو أن يستأجر طحانا ليطحن له حنطة معلومة بقفيز منها أو من دقيقها وذلك حرام لان العقد فاسد فانه لو صح كان شريكا باول جزء من العمل والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر ثم الأجر اما أن يلتزمه فى الذمة أو فى عين موجود وهو ماالتزمه فى الذمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد فاما كسب الحجام فاصحاب الظواهر يأخذون بظاهر هذا الحديث ويقولون كسب الحجام حرام لانه يأخذه بمقابلة ما استخرج من الدم أو ما يشرط فهو مجهول فيكون محرما وقد دل عليه حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والمراد بمهر البغي ماتأخذالزانية شرطا على الزنا فقد كانوا يؤاجرون الاماء لذلك وفيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء الآية لما قرن بين ذلك وكسب الحجام عرفنا أن كسب الحجام حرامٌ ولكنا نقول هذا النهي في كسب الحجام قد انتسخ بدليل ماذكره في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال فأتاه رجل من الانصار وقال ان لي حجاما وناضحا أفأعلف ناضحي من كسبه قال نعم وأتاه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما أفأطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ودل عليه أيضا حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو كان حراما لم يعطه لانه كما لا يحل أكل الحرام لا يحل إيكاله قال صلى الله عليه وسلم لعن الله آكل الربا وموكله وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا النهي في كسب الحجامة ما كان على سبيل التحريم بل على سبيل الاشفاق فان ذلك يدني المرء به ويخسسه وقال صلى الله عليه وسلم ان الله يحب معالي الامور ويبغض سفسافها ونحن نقول به فالاولى للمؤمن أن يكتسب بما لا يدينه وقد دل عليه حديث عثمان رضي الله عنه حين سأل بعض مواليه عن كسبه فذكر أنه حجام فقال ان كسبك لوسخ وذكر عن عطاء ومجاهد وطاوس رحمهم الله قال لا ضمان على الاجير الراعي وان اشترطوا ذلك عليه وبه يقول ان كان أجير واحد فهو أمين كالمودع واشتراط الضمان على الامين باطل وان كان الراعي مشتركا فلا ضمان عليه فيما تلف بغير فعله عند أبي حنيفة رحمة الله عليه شرط ذلك عليه أو لم يشترط وهو ضامن لما تلف من فعله شرط ذلك أو لم يشترط وعندهما ماتلف بما لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان عليه فيه شرط أو لم يشترط فاشتراط الضمان عليه باطل على اختلاف الاصلين والله أعلم بالصواب

باب كل الرجل يستصنع الشيء

(قال رحمه الله اعلم بان البيوع أنواع أربعة بيع عين بثمن وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل والعين هو الصبغ بيع فيه وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع

فالمستصنع فيه مبيع عين) ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية والعمل مشروط فيه وهذا لان هذا النوع من العمل اختص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم و لاستصناع استفعال من الصنع فعرفنا أن العمل مشروط فيه ثم أحكام مالناس فيه تعامل من الاستصناع قد بيناه فى شرح البيوع فبذلك بدأ الباب هنا وبين الفرق بينه وبين مااذا أسلم حديدا الى حداد ليصنعه اناء مسمى باجر مسمى فانه جائز ولا خيار له فيه اذا كان مثل ما سمى لان ثبوت الخيار للفسخ حتى يعود اليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا فان بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه فاما في الاستصناع المعقود عليه العين وفسخ العقد فيه ممكن فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه ولان الحداد هنا يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه فأما فى الاستصناع المقصود هو العين والعقد يرد عليه حتى لو صار دينا بذكر الاجل عند أبى حنيفة رحمه الله لم يثبت فيه خيار الرؤية بعد ذلك وان أفسده الحداد فله أن يضمنه حديدا مثل حديده ويصير الاناء للعامل وان شاء رضى به وأعطاه الاجر لان العامل مخالف له من وجه حيث أفسد عمله وموافق من وجه وهو اقامة أصل العمل وان شاء مال الى جهة الخلاف وجعله كالغاصب ومن غصب حديدا وضرب به اناء فهو ضامن حديدا مثله والاناء له بالضمان وان شاء مال الى جهة الوفاق ورضى به متغير الصفة فأخذ الاناء وأعطاه الاجر كالمشترى اذا وجد بالبيع عيبا الا أنه يعطيه أجر مثله لايجاوز به المسمى لانه انما التزم جميع المسمى بمقابلة عمل صالح ولم يأت به ولكن قدر ماأقام من العمل سلم له بحكم العقد فعليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لان المنفعة انما تتقوم بالعقد والتسمية ولم يوجد ذلك فيما زاد على المسمى ولانه لما رضى بالمسمى بمقابلة عمل صالح يكون أرضى به بمقابلة عمل فاسد وهذا بخلاف المشترى فانه لو رضى بالعيب يلزمه جميع الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون الاوصاف والفائت بالعيب وصف وهنا البدل بمقابلة العمل المشروط وبالافساد ينعدم ذلك العمل فلهذا لايلزمه جميع المسمى وان رضى به وكذلك كل مايسلمه الى عامل ليصنع له شيئا مسمى كالجلد يسلمه الى الاسكاف ليصنعه خفين والغزل يسلمه الى حائك لينسجه فلو استصنع عند حائك ثوبا موصوف الطول والعرض والرقعة والجنس ينسجه من غزل الحائك كان هذا فى القياس مثل الخف وغيره يريد به قياس الاستحسان فى مسئلة الخف ولكن هذا لايعمل به الناس وانما جوزنا الاستصناع فيما فيه

تعامل ففيما لا تعامل نأخذ بأصل القياس ونقول انه لا يجوز ولو ضرب لهذا الثوب أجلا وتعجل الثمن كان جائزا وكان سلما لا خيار له فيه وان فارقه قبل أن يعجل الثمن فهو فاسد قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله فاما عندهما لما كان الاستصناع الجائز بذكر الاجل فيه لا يصير سلما فالاستصناع الفاسد بذكر الاجل كيف يكون سلما صحيحا فان الاجل لتأخير المطالبة ولا مطالبة عند فساد العقد فذكر الاجل فيه يكون لغوا والأصح أنه قولهم جميعا والعذر لهما أن تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب ففيما للناس فيه تعامل أمكن تحصيل مقصودهما على الوجه الذى صرحا به وفيما لا تعامل فيه ذلك غير ممكن فيصار الى تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن وهو أن يجعل ذلك سلما * توضيحه أن فيما فيه التعامل المستصنع فيه مبيع شرط فيه العمل فذكر المدة لاقامة العمل فيها فلا يخرج به من أن يكون مبيعا عينا فاما فيما لا تعامل فيه فليس هنا مبيع عين ليكون ذكر المدة لاقامة العمل فى العين بل ذكر العمل لبيان الوصف فيما يلتزمه دينا وذكر المدة لتأخير المطالبة وهذا هو معنى السلم فيجعله سلما لذلك ولو أسلم غزلا الى حائك لينسجه له سبعا في أربع فحاكه أكثر من ذلك أو أصغر فهو بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم له الثوب وان شاء أخذ ثوبه وأعطاه الاجر الا فى النقصان فانه يعطيه الأجر بحساب ذلك ولا يجاوز به ما سمى له أما ثبوت الخيار له فلتغيير شرط العقد لانه ان حاكه أكثر مما سمى فهو أرق مما سمى وان حاكه أصغر مما سمى فهو أصفق مما سمى هذا اذا كان قدر له الغزل وان لم يكن قدره له فاذا حاكه أكثر مما سمى فقد زاد فيما استعمله من غزله على ما سمى وان كان أصغر من ذلك فقد نقص عن ذلك فلتغير شرط العقد ثبت له الخيار ان شاء مال الى جهة الخلاف وجعله كالغاصب فضمنه غزلا مثل غزله والثوب للحائك ولا أجر له عند ذلك بمنزلة من غصب غزلا ونسجه وان شاء رضي بعمله لكونه موافقا له في أصله وان خالف في صفته وأعطاه الاجر الا في النقصان فاما اذا أراد فقد أتى بالعمل المشروط وزيادة فيعطيه الاجر المسمى وفى الزيادة لم يوجد ما يقومه وهو التسمية فلا يطالبه بشئ من ذلك وأما فى النقصان قال يعطيه من الاجر بحساب ذلك ومعنى هذا الكلام أنه ينظر الى تكسير ما شرط عليه وتكسير ما جاء به فالمشروط عليه سبع فى أربعة فذلك ثمانية وعشرون ذراعا والذى جاء به سبع فى ثلاثة فذلك أحد وعشرون ذراعا فعرفت أنه أقام ثلاثة أرباع العمل المشروط فعليه ثلاثة أرباع الاجر وقال كثير من مشايخنا رحمهم الله يعطيه ثلاثة

أرباع المسمى لان جميع المسمى بمقابلة ثمانية وعشرين ذراعا فاحدي وعشرون يقابله ثلاثة أرباع المسمى كما لو استأجره ليضرب له ثمانية وعشرين لبنة بأجر مسمى فضرب احدى وعشرين فانه يستوجب ثلاثة أرباع المسمى قال رضى الله عنه والأصح عندى أنه يعطيه أجر مثله لايجاوز به ثلاثة أرباع المسمى لان مالية الثوب تتفاوت بالطول والعرض وربما تنقص زيادة الطول فى المالية وزيادة العرض تزيد فيه كما فى الملاءة وربما تزيد فى ماليته زيادة الطول دون العرض كما فى العمامة فلا يمكن توزيع المسمى على الذرعان بهذه الصفة بخلاف اللبن فالبعض هناك غير متصل بالبعض فى معنى المالية واذا تقرر هذا عرفنا أن التوزيع هنا علي الذرعان غير ممكن فيعطيه أجر مثل عمله ولكن لايجاوز به ثلاثة أرباع المسمى لانه لو جاء بالثوب مثل ماسمى كان حصته ثلاثة أرباعه من الاجر ثلاثة أرباع المسمى فاذا تم رضاه بذلك القدر عند الموافقة يكون أرضى به عند الخلاف فلهذا أوجبنا عليه أجر مثل عمله لايجاوز به ثلاثة أرباع المسمى وكانه أشار الى هذا بقوله ولا تجاوز به الا ماسمى له بمقابلة ماجاء به وكذلك لو شرط عليه صفيقا فحاكه رقيقا لو شرط عليه رقيقا فحاكه صفيقا كان له أجر مثله لايجاوز به ماسمى لانه انما ضمن جميع الاجر بمقابلة الوصف الذى شرط عليه ولم يأت به فان مالية الثوب تختلف بالرقة والصفاقة وربما يختار الصفيق في بعض الاوقات والرقيق في بعض الاوقات فلهذا وجب المصير الى أجر المثل ولا تجاوز به ماسمى لانعدام المقوم فيما زاد عليه ولوجود الرضا من الحائك بالمسمى من الاجر ولو أمره أن يزيد فى الغزل رطلا من غزله وقال قد زدته وقال رب الغزل لم تزده فالقول قول رب الغزل مع يمينه أما جواز هذا العقد فلانه استقرض منه ماأمره أن يزيد فيه من الغزل ويصير المستقرض قابضا باتصاله بملكه فالحائك يقيم العمل فى غزل رب الثوب بخلاف ما اذا كان جميع الغزل من الحائك فان المستصنع هناك لايمكن أن يجعل مستقرضا للغزل قابضا فيكون الحائك عاملا فى غزل نفسه ثم الحائك يدعى أنه أقرضه رطلا من غزله وسلمه اليه ورب الثوب منكر لذلك فالقول قول المنكر مع يمينه وعلي الحائك البينة لحاجته الى اثبات مايدعى من التسليم اليه بحكم القرض وما يدعى من الدين لنفسه فى ذمته فان أقام البينة أخذ من رب الثوب مثل غزله لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان لم تكن له بينة فاليمين على رب الثوب على علمه لانه انما يستحلف على فعل الغير فان حلف برئ وان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره واذا سلم اليه غزلا ينسجه ثوبا وأمره أن يزيد من عنده

غزلا مسمى مثل غزله على أن يعطيه ثمن الغزل وأجر الثوب دراهم مسماة جاز وهذا استحسان وفي القياس لايجوز لانه اشترى منه مسماه من الغزل وهو غير معين ولا مشروط فى ذمته دينا ولكنه يستحسن للتعامل فى هذا المقدار فقد يدفع الانسان غزلا الى حائك فيقول له الحائك هذا لايكفى لماتطلبه فيأمره أن يزيد من عنده بقدر مايحتاج اليه ليعطيه ثمن ذلك وانما لايجوز الاستصناع فى الثوب لعدم التعامل فاذا وجد التعامل في هذا يجوزه اعتبارا بالاستصناع فيما فيه التعامل ثم الطول والعرض فى الثوب وصف ورأينا جواز استئجار الاجير لاحداث وصف فى الثوب بملكه وهو الصباغ فيجوز هنا أيضا اشتراط زيادة الطول والعرض عليه بغزل نفسه بالقياس على الصباغ فان آتاه كما شرط واتفقا على انه زاد أعطاه ثمن غزله لانه صار قابضا للمشترى باتصاله بملكه وأجر المسمى لانه وفاه بما شرط له وان قال رب الثوب لم يزد فيه شيئا وكان وزن غزل منا وقال النساج قد كان وزن غزلك منا وقد زدت فيه رطلا فوزنوا الثوب فوجدوه منوين فقال رب الثوب انما زاد لما فيه من الدقيق وقال النساج هو من الغزل والدقيق فالقول قول الحائك مع يمينه لان الظاهر شاهد له وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر وينبغى للقاضى أن يرجع الى العلماء من الحوكة فان قالوا الدقيق لا يزيد فيه هذا المقدار فالقول قول الحائك مع يمينه وان قالوا يزيد فيه فالقول قول رب الثوب لانه مااشتبه على القاضي فانه مايرجع فى معرفته الى من له بصر فى ذلك الباب كما فى قيم المتلفات ومتى كان القول قول الحائك وحلف تخير صاحبه على أن يعطيه ماسمى له ومتى كان القول قول رب الثوب بأن كان يعلم أن الدقيق يزيد فيه هذا المقدار فانه يتخير صاحب الثوب لانه تغير عليه شرط عقده فانه لما أمره بأن يزيد فيه فقد أمره بثوب هو أطول أو أعرض مما جاء به وان شاء مال الى جهة الخلاف وضمنه مثل غزله وان شاء مال الي الموافقة فى أصل العمل وأعطاه من الاجر بحساب ماأقام من العمل لانه جعل جميع المسمى بمقابلة عمله فى من ونصف من الغزل وانما أقامه في من فيعطيه بحسابه من الاجر وفيه طريقان باعتبار المسمى وأجر المثل كما بينا (ولو كان الثوب) مستهلكا وقد استهلكه صاحبه قبل أن يعلم ورثته كان القول قول رب الثوب مع يمينه على عمله لان الحائك يدعى عليه تسليم مانعه من الغزل ووجوب ثمنه فى ذمته وهو منكر لذلك وانما يمينه على فعل الغير فكان على العلم واذا حلف فعليه أجر الثوب وليس عليه ثمن الغزل فيقسم الاجر على عمل ثوب مثله وقيمة رطل من

غزله فيطرح عنه ما أصاب قيمة الغزل ولم يزد على هذا في الاصل قال الحاكم رحمه الله وصواب هذا الجواب أن يطرح عنه أيضا حصة ما تركه من زيادة العمل في النسج لما بينا أن المسمى بمقابلة عمله في ثلاثة أرطال غزل وانما أقام العمل في رطلين من غزل وهذا التقسيم والمصير الى معرفة وزن الثوب لم يذكر في المسئلة الاولى لان موضوع المسئلة هناك فيما اذا لم يكن مقدار غزل الدافع معلوما ولا يعرف الصادق من الكاذب بالمصير الى وزن الثوب وهنا وضع المسئلة فيما اذا كان وزن غزل الدافع معلوما فلهذا وجب المصير الى وزن الثوب ليعرف به الصادق من الكاذب (قال) واذا أسلم الرجل حنطة الى طحان ليطحنها بدرهم وبربع دقيق منها فهذا فاسد وهو تفسير الحديث في النهى عن قفيز الطحان ثم الحكم متى ثبت في حادثة بالنص وعرف المعنى فيه تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفرع ومن فرع هذا لو دفع سمسما الي رجل علي أن يعصره له برطل من دهنه فهو فاسد أيضا وكذلك لو استأجر رجلا ليذبح له شاة بدرهم ورطل من لحمها فذلك فاسد وفي الكتاب قال وكيف يستأجر بلحم شاة حية وقد ورد الحديث بالنهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة يريد به أن الاجرة متى كانت معينة فهى بمنزلة المبيع المعين وما في مضمون خلقة حيوان لا يجوز بيعه عينا وتفسير الملاقيح عند بعضهم ما تضمنه الاصلاب والمضامين ما تضمنه الارحام وعند بعضهم على عكس هذا فالملاقيح ما تضمنه الارحام بالقاح الفحول واستدلوا بقول القائل شعر

وعدة العام وعام قابل ملقوحة في بطن ناب حابل

وحبل الحبلة هو بيع ما يحمل حبل هذه الناقة وكانوا يعتادون ذلك في الجاهلية أبطل الشرع ذلك كله بالنهى عن بيع الغرر واستدل أيضا بالنهى عن بيع اللبن في الضرع وعن بيع الصوف علي ظهورها فعرفنا أن ما كان في مضمون خلقه حيوان لا يجوز تمليكه بعقد المعاوضة فان عمله بهذا الشرط كان له أجر مثله لان بفساد العقد لم يملك شيئا مما أقام العمل فيه فكان عاملا لغيره فيما لا شركة له فيه بعقد فاسد فيستوجب أجر المثل لا يجاوز به ما سمى لانعدام التسمية فيما زاد عليه ولوجود الرضى منه بالمسمى فان المسمى متى كان معلوما يتم الرضى به وان شرط مع الدرهم ربع قفيز دقيق جيد ولم يقل منها كان جائزا لان الدقيق مكيل معلوم يصلح أن يكون ثمنا في البيع فيصلح أن يكون أجرة أيضا ولو دفع غزلا الى حائك لينسجه بذراع من ذلك الثوب أو بجزء شائع مسمى فذلك لا يجوز في ظاهر المذهب أيضا لانه في معنى قفيز

الطحان (قال) رضي الله عنه وكان شيخنا الامام يحكي عن استاذه رحمهما الله انه كان يفتي بجواز هـذا ويقول فيه عرف ظاهر عنـدنا بنسف ولو لم يجوزه انما يجوزه بالقياس على المنصوص والقياس يترك بالعرف كما فى الاستصناع ثم فيه منفعة فان النساج يعجل بالنسج ويجد فيه اذا كان له فى الثوب نصيبا قال ولو دفع سمسما الى رجل فقال قشّره وربه ببنفسج فاعصره على أن أعطيك أجره درهما كان هذا فاسدا لانه لا يعرف ماشرط من البنفسج وجهالة ذلك تفضي الى المنازعة وهذا بخلاف مالو دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ من عنده لان مقدار الصبغ فى كل الثوب معلوم عند أهل الصنعة المسبغ منه وغير المسبغ ولا تمكن المنازعة بينهما لان اللون فى الثوب محسوس فاما الرائحة فى الدهن المربى غير محسوس ويتفاوت ذلك بتفاوت ما يربى به من البنفسج فتتمكن المنازعة بينهما *يوضح الفرق ان اعلام مقـدار الصبغ يتعذر على الصباغ لانه يجمع الثياب ويصبغ الكل جملة واحدة فيسقط اعتباره لذلك فاما القشار لا يخلط سمسم الناس ولو فعل ذلك صار ضامنا ولكنه يربى سمسم كل انسان على حدة فلا يتعذر عليه اعلام مقدار البنفسج فلهذا شرط ذلك وان قال على أن تربيه بقفيز من بنفسج فهذا جائز وكذلك ان كان البنفسج الذى يدخل فى مثـل هـذا السمسم معروفا عند التجار فهو جائز لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالشرط ولا تمكن المنازعه بينهما اذا كان ذلك معلوما فلهذا جوزناه ثم تبين بعـد هذا ما يجوز فيه الاستصناع وحاصل ذلك أن المعتبر فيه العرف وكل ماتعارف الناس الاستصناع فيـه فهو جائز فاذا جاء به الصانع مفروغا عنه واختار المستصنع أخذه فليس للصانع أن يمنع لان البيع قد لزم فيه باتفاقهما عليه الا أنه ان كان لم يستوف الثمن حبسه بالثمن وان باعه الصانع قبـل أن يراه المستصنع فبيعه جائز لانه باع ملك نفسه فالعقد لا يتعين في هـذا المصنوع قبل أن يراه المستصنع واذا نفذ بيعه صار مملوكا للمشترى فلا سبيل للمستصنع عليه بعد ذلك واذا دفع الى اسكاف جلدا واستأجره بأجر مسمى على أن يخرزه له خفين بصفة معلومة على أن يفعله الاسكاف ويبطنه ووصف له البطانة والنعل فهو جائز لانه متعارف واذا جاز الاستصناع فى الخف لكونه متعارفا ففى البطانة والنعل أجوز ولا خيار لصاحب الاديم اذا عمله عملا مقارنا الا فساد فيـه وكان ينبغى أن يثبت له الخيار فى البطانة والنعل لانه اشترى مالم يره لكنه قال لا خيار له فى أصـل الاديم لانه ملكه ولا يتأتي الرد فى البطانة والنعل منفردا عن الاصـل ثم البطانة والنعل بيع فى هـذا العقد

والمقصود هو العمل (ألا ترى) أن بالبطانة والنعل يصير الخف أحكم وان الخف ينسب الى الاديم دون البطانة والنعل ولا خيار له فيما هو المقصود وهو العمل وفيما هو الاصل وهو الاديم فكذلك فى البيع وان جاء به فاسدا ضمنه قيمة الجلد ان شاء لانه انما طلب منه العمل الصالح دون الفاسد فكان هو فى اقامة أصل العمل موافقا وباعتبار صفة الفساد فى العمل مخالف فان شاء مال الى الخلاف وجعله كالغاصب فيضمنه قيمة جلده وان شاء مال الي الموافقة في أصل العمل ورضي به مع تغيير الوصف فاخذ الخفين وأعطاه أجر مثل عمله وقيمة مازاد فيه ولا يجاوز به ماسمى له أما أجر مثل العمل لما بينا أن المسمى بازاء العمل الصالح فعند الفساد يجب أجر المثل وقيمة مازاد فيه لانه مشترى له وقد تم قبضه باتصاله بملكه ومن أصحابنا رحمهم الله من قال قوله ولا يجاوز به ماسمى ينصرف الى الاجر خاصة دون قيمة مازاد فيه فان المشترى شراءا فاسد مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لان الاعيان متقومة بنفسها بخلاف المنافع واستدلوا على هذا بما ذكر فى آخر الباب فى مسئلة الجبة ولا يجاوز به ماسمى فى أجر عمله خاصة وقالوا بيانه فى فصل يكون بينا فى جميع الفصول ولكن الاصح أن قوله ولا يجاوز به ماسمى له فى هذا الموضع ينصرف اليهما لان البطانة والنعل تابع للعمل ولهذا يجوز العقد هنا فانه لو كان مقصودا ماجاز العقد فيه واذا لم يكن معينا والتبع معتبر بالاصل فاذا كان الاصل لايجاوز به ما سمى له فكذلك فى التبع وسنقرر هذا الفرق فى مسئلة الجبة ان شاء الله تعالى وكذلك ان سلم خرقة الى صانع ليصنعها قلنسوة ويبطنها ويحشوها فهو مثل ذلك لان البطانة والحشو في القلنسوة تبع (ألا ترى) أن القلنسوة تنسب الى الظهارة وأنها بالبطانة والحشو تصير أحكم واسم القلنسوة يتناوله بدون البطانة والحشو كالخف فالجواب فيهما سواء وبجميع هؤلاء الصناع اذا رضى المستصنع العمل واجازه أن لا يدفعه له حتى يأخذ منه الاجر الا أن يكون مؤجلا فلا يكون له منع المتاع حينئذ لان الاجرة فى الاجارات كالثمن فى البيع والمبيع يحبس بالثمن اذا كان البيع حالا ولا يحبس به اذا كان مؤجلا وعلى قول زفر رحمه الله ليس للصانع حق الحبس بالاجرة اذا كان الاصل ملكا للمستأجر لانه صار مسلما المعقود عليه باتصاله بملكه وهذا لان المعقود عليه الوصف الذى أحدثه بعمله وقد اتصل ذلك بملك المستأجر باختيار العامل ورضاه وبعد ما سلم المعقود عليه لا يكون له حق الحبس ولكنا نقول هذا تسليم لا يمكن التحرز عنه فانه لا يتصور منه اقامة العمل بدون أن يتصل

ذلك بملكه ومالا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فلا يصير هو به راضيا بسقوط حقه في الحبس وربما يقول زفر رحمه الله البدل ليس بمقابلة الاصل وانما يحبس المبدل بالبدل فاذ لم يثبت له حق الحبس فيما هو الاصل لا يثبت في البيع ولكنا نقول حق الحبس يثبت له في المعقود عليه ولا يتأدي ذلك الا بحبس الاصل فثبت حقه في حبس الاصل كمن أجر عينا يلزمه تسليم العين وهو انما عقد علي المنفعة ولكن لما كان تسليم المنفعة لا يتأدى بدون العين لزمه تسليم العين فهذا مثله (قال) في الاصل ان كان الاجل ميعادا من غير شرط فله أن لا يدفعه حتى يقبض أجره لان المواعيد لا يتعلق بها اللزوم وهذا يصير رواية في فصل بيع المرابحة وهو أنه اذا اشترى عينا من بياع وواعده أن يستوفي الثمن منجما في كل سبت فللمشتري أن يبيعه مرابحة من غير بيان في الصحيح من الجواب لانه مشترى بثمن حال والميعاد لا يكون لازما بدليل هذه المسئلة واذا دفع الرجل الي صباغ ثوبا يصبغه له باجر مسمى ووصف له الصبغ فهو جائز لانه اذا وصف له الصبغ وسماه من زعفران أو عصفور أو بقم فقد صار المقصود معلوما لا تتمكن المنازعة بينهما فان خالفه بصبغه علي غير ما سمى له الا أنه من ذلك الصبغ فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ما سمى له أما ثبوت الخيار فلانه في أصل الصبغ موافق وفي الصفة مخالف واذا اختار الاخذ أعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ما سمى له لانه رضي بالمسمى وهذا بخلاف مسئلة الخف والقلنسوة فقد قال هناك يعطيه أجر مثل عمله وقيمة ما زاد فيه وهنا لم يذكر قيمة ما زاد الصبغ فيه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله التسوية بينهما ووجه الفرق على ظاهر الرواية أن الصبغ آلة العمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب بخلاف ما سبق وهذا لان القائم بالثوب لون الصبغ لا عينه وانما يصير مشتريا لما يتصل بملكه واللون لا يمكن أن يجعل مشترى بخلاف البطانة والنعل فذلك يتصل بعمله بملكه وهو عين مال (ألا ترى) أنه يتأدى بفعله فلهذا تعتبر قيمة ما زاد فيه ووجه رواية محمد رحمه الله أن الصبغ في الثوب بمنزلة عين مال قائم حكما حتى لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير واتفقا على بيعه فان صاحب الثوب يضرب في الثوب بقيمة ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ ولو لم يكن الصبغ المتصل بالثوب في حكم عين قابل للبيع لما كان من الثمن حصة ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لان الصبغ بعد ما اتصل بالثوب

لا يتصور تمييزه عنه فانما يكون فى حكم مال متقوم مع الثوب لا وحده وهنا لا يجب عليه قيمة الثوب فلا يجب عليه قيمة مازاد الصبغ فيه وفى مسئلة الخف البطانة والنعل لما كان بعرض الفصل كان ما لا متقوما منفرداً عن الخف فلهذا اعتبر قيمة مازاد فيه وان اختلف الصباغ ورب الثوب فيما أمره أن صبغه به بأن صبغه بعصفر فقال رب الثوب أمرتك بالزعفران فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله القول قول الصباغ لأنهما اتفقا على الاذن فى الصبغ ثم رب الثوب يدعى عليه خلافا ليضمنه أو ليثبت الخيار لنفسه وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر ولكنا نقول الاذن يستفاد من جهة رب الثوب ولو أنكر الاذن له فى الصبغ أصلا كان القول قوله فكذا اذا أنكر الاذن فيما صبغه به واذا استصنع الرجل عند الرجل خفين فلما فرغ منه قال المستصنع ليس هكذا أمرتك وقال الاسكاف بهذا أمرتنى فالقول قول المستصنع لما بينا أن الاذن يستفاد من جهته ولا يمين عليه لان توجه اليمين ينبنى على دعوى تلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا فان للمستصنع أن يأبى وان لم يكن الصانع مخالفا فلا فائدة فى استحلافه وكذلك لو أقام العامل البينة لم يلزم الامر لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولو قال المستصنع بهذا أمرتك ولكن لا أريده كان له ذلك لما بينا أن الخيار ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية ولو أسلم اليه خفه ينعله بأجر مسمى فهو جائز للعرف الظاهر فاذا نعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الخف بغير نعل وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وقيمة النعل لا يجاوز به ماسمى لما بينا أنه فى أصل العمل موافق وفى الصفة مخالف وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو لازم عليه وان لم يكن جيداً لان المستحق بمطلق العقد صفة السلامة فأما صفة الجودة لا تستحق الا بالشرط كما فى بيع العين ولو شرط عليه جيداً فانعله بنعل غير جيد فلصاحب الخف الخيار لان فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب فى اثبات الخيار كما اذا اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة يثبت له الخيار بمنزلة مالو وجد العيب فى المعقود عليه فهذا مثله ولو اختلافا فى الاجر وقد عمله عملا على ما وصفه له فان أقاما البينة فالبينة بينة العامل لانه يثبت الزيادة فى حقه وهو الأجر فتترجح بينته بذلك وان قال رب الخف عملته لى بغير أجر وقال العامل عملته بدرهم ولا بينة بينهما فعلى رب الخف اليمين لله ما شارطه على درهم لان العامل يدعى عليه الدرهم دينا فى الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف غرم له مازاد النعل

فى خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر لان رب الخف يدعي عليه هبة النعل وهو لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلف عليه واذا حلف انتفى ماادعى كل واحد منهما من العقد يبقى نعله متصلا بخف الغير باذن صاحب الخف فتجب قيمته لاحتباس ملك الغير عنده ولا يجب أجر المثل لان المنفعة لاتتقوم الا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك فاما العين متقوم بنفسه ولو أقاما البينة أخذت بينة العامل لاثباته الزيادة ولو عمل الخف كله من عنده ثم اختلفا فى الاجر فالقول قول الاسكاف ولا يمين على المستصنع ولكنه بالخيار ان شاء أخذه بما قال الاسكاف وان شاء تركه لما بينا ان العقد غير لازم في حق كل واحد منهما والذي جاء به عين ملك الاسكاف فلا يستحق عليه الا بما رضي به من الثمن ولو أسلم ثوبا الى صباغ فصبغه أحمر على ماأمره به فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين واني أنظر الى مازاد الصبغ فيه فان زاد درهما أو أكثر فله درهم بعد أن يحلف الصباغ ما صبغه بدانقين وان كان دانقين أو أقل فانه يعطيه دانقين بعد أن يحلف رب الثوب ما صبغه بدرهم كما يدعيه الصباغ لان الاصل فى باب الخصومات أن القول قول من يشهد له الظاهر والظاهر أن الصباغ لا يجعل فى ثوب انسان صبغا يساوى درهما بدانقين اذ يخسر وهو ما جلس لهذا والظاهر أن الانسان لا يلتزم درهما بازاء صبغ يساوى دانقين اذن يغبن والمغبون لا محمود ولا مأجور فاذا كان قيمة الصبغ درهما أو أكثر فالظاهر شاهد للصباغ فيجعل القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه واذا كانت قيمة الصبغ أقل من دانقين فالظاهر شاهد لرب الثوب فيكون القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه وان كان أكثر من دانقين وأقل من درهم أعطيت الصباغ ذلك بعد أن يحلف ماصبغه بدانقين وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول هنا يتحالفان لان الظاهر لا يشهد لكل واحد منهما فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه على قياس اختلاف الزوجين فى المهر اذا كان مهر المثل لا يشهد لقول واحد منهما قال رضي الله عنه والأصح عندى انه لا تحالف هنا بل اليمين على الصباغ خاصة لان المبتنى بالتحالف الفسخ وبعد اتصال الصبغ بالثوب لا تصور لفسخ العقد فلا معنى للتحالف بخلاف النكاح فانه محتمل للفسخ ببعض الاسباب واذا لم يجب التحالف هنا كان على رب الثوب قيمة الصبغ لان لاتصال الصبغ بالثوب موجبا وهو قيمته على رب الثوب كالغاصب اذا صبغ ثوب إنسان وأراد رب الثوب أخذه أعطاه قيمة الصبغ إلا أن رب الثوب هنا يدعى براءته عن بعض القيمة برضاء الصباغ بدانقين والصباغ منكر

لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى وان كان الصبغ سوادا فالقول قول رب الثوب مع يمينه لما بينا فيما سبق ان السواد نقصان فلا يمكن تحكيم قيمة الصبغ بقي ظاهر الدعوى والانكار والصباغ يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى ولو قال رب الثوب صبغته لي بغير أجر فالقول قوله وكذلك كل صبغ ينقص الثوب فاما كل صبغ يزيد في الثوب قال رب الثوب صبغته لي بغير أجر وقال الصباغ صبغته بدرهم فعلى كل واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه وليس هذا بتحالف للاختلاف في بدل العقد ولكن الصباغ يدعي لنفسه درهما على رب الثوب ورب الثوب منكر فعليه اليمين ورب الثوب يدعى على الصباغ أنه وهب الصبغ منه وقد تمت الهبة باتصاله بملكه والصباغ منكر لذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ثم يضمن رب الثوب مازاد الصبغ في ثوبه لان ما ادعاه كل واحد منهما انتفى بيمين صاحبه يبقى صبغ الغير متصلا بثوبه باذنه وعليه قيمته ولا يجاوز به درهما لان الصباغ لا يدعى أكثر من درهم فهو بهذه الدعوى يصير مبرئا له عن الزيادة على درهم ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الاجرة فان لم يكن أخذ في العمل تحالفا وتراد لان الاجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين في البدل فيم ذلك أنواع البيوع ثم التحالف مشروع لدفع الضرر عن كل واحد منهما بطريق الفسخ حتى يعود اليه رأس ماله وعقد الاجارة محتمل للفسخ قبل اقامة العمل كالبيع فلهذا يجب التحالف بينهما وان كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب لانه لا تصور للفسخ بعد الفراغ من العمل فلا معنى للتحالف بينهما ولكن القصار يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فان هلاك السلعة عندهما يمنع التحالف في البيع فكذلك في الاجارة ومحمد رحمه الله يفرق بينهما فيقول التحالف هناك مفيد لان المبيع عين مال متقوم بنفسه فيمكن ايجاب قيمته بعد انتفاء العقد بالتحالف وهنا المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا هنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن ايجاب شئ للقصار فكان جعل القول قول رب الثوب مع يمينه أنفع للقصار فلهذا لا يصار الى التحالف هنا ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل ففي حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه وفي حصة مابقي يتحالفان اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان فسخ العقد في الباقي ممكن وفي حصة ما بقي يتحالفان اعتبارا وفيما أقام من

العمل متعذر وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا و بين ما اذا اشترى عبدين فهلك احدهما ثم
اختلفا فى الثمن فقال هناك لا يتحالفان لان العقد فيهما واحد فاذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك
يتعذر فسخه فيما بقى وهنا عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يقيم عليه
من العمل فبأن تعذر فسخه فى البعض لا يمنع الفسخ فيما بقي وكذلك لو قال عملته لى بغير أجر
فالقول قوله مع يمينه لما بينا انه ينكر وجوب الاجر عليه وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله
القول قول الاجير الى أجر مثله كما فى مسئلة الصباغ وقد أشرنا الى الفرق بينهما فهناك الصبغ
عين مال قائم فى الثوب وهو متقوم بنفسه وهنا لا قيمة للمنفعة بدون التسمية وقد أنكر رب
الثوب التسمية فالقول قوله مع يمينه ولو شارط قصارا على أن يقصر له عشرة أثواب بدرهم ولم
يره الثياب ولم تكن عنده كان فاسدا لان المعقود عليه مجهول فانه الوصف الذى يحدث فى
الثوب بعمله وذلك يختلف باختلاف الثياب فى الطول والعرض والصفاقة والرقة والجودة
والرداءة وعمله يتفاضل بحسب ذلك وان كان أراه الثياب كان جائزا لان برؤية المحل يصير
مقدار العمل فيه معلوما ولو سماه له جنسا من الثياب كان مثل ذلك ما لم يرها اياه لان بتسمية
الجنس لا يصير مقدار العمل فيه معلوما فان بالغ فى بيان الصفة على وجه يصير مقدار عمله
معلوما فهو واراءته الثياب سواء ولو أسلم ثوبا الى خياط وأمره أن يخيطه قميصا بدرهم فخاطه
قباء فلصاحب الثوب ان يضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما
سمى له لانه فى أصل الخياطة موافق وفى الهيئة والصفة مخالف وبعض مشايخنا رحمهم الله
يقولون القباء والقميص تتفاوتان فى الاستعمال وان كان لا يتفق فلم يكن في أصل مقصوده
مخالفا وانما خالفه فى تتميم المقصود حتى لو خاطه سراويلا كان غاصبا ضامنا ولا خيار لصاحب
الثوب لانه لا مقاربة بين القميص والسراويل في الاستعمال والاصح أن الجواب فى الفصلين
واحد وقد روى هشام عن محمد رحمهما الله أنه لو دفع اليه شبها ليضرب له طستا فضرب به كوزا
فهو بالخيار ولا مقاربة في الاستعمال هنا ولكنه موافق فى أصل الصنعة مخالف في الهيئة والصفة
فكذلك فى مسئلة الثوب وان خاطه سراويلا فهو في أصل الخياطة موافق وفى الهيئة مخالف
فان قال رب الثوب أمرتك بقميص وقال الخياط أمرتنى بقباء فالقول قول رب الثوب مع
يمينه عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله القول قول الخياط لانكاره الخلاف والضمان والشافعى
رحمه الله يقول انهما يتحالفان لانهما اختلفا في المعقود عليه ولو اختلفا في البدل تحالفا اذا كان

قبل اقامة العمل فكذلك في المعقود عليه ولكن هـذا لا معنى له هنا لان رب الثوب يدعى عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعي الاجر دينا في ذمة رب الثوب فلايكون هـذا في معنى ما ورد الاثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد اقامة العمل لاوجـه للفسخ وان أقاما البينة فالبينة بينـة الخياط لانه هو المدعى الاذن في خياطة القباء والوفاء بالمعقود عليه وتقرر الاجر في ذمة صاحب الثوب وان اختلفا في الاجر فالقول قول رب الثوب لانه منكر للزيادة والبينة بينة الخياط لانها تثبت الزيادة وكذلك لو قال صاحب الثوب خيطه لي بغير أجر فالقول قوله مع يمينه على قياس ما بينا في القصارة لان عمل الخياطة المتصل بالثوب غير متقوم بنفسه ولم يذكر في الكتاب ما اذا اتفقا على انه لم يشارطه على شئ في هذه الفصول وفي النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا أجر له لان المنافع لا تتقوم الا بعقـد ضمان أو بتسميـة عوض وعن أبي يوسف رحمه الله قال استحسن اذا كان خيط له فأوجب الاجر له لان الخياطة التي بينهما دليل على أنه طلب منه اقامة العمل بأجره فقام ذلك مقام الشرط وعن محمـد رحمه الله قال ان كان العامل معروفا بذلك العمل بالاجر فتح الحانوت لأجله فذلك ينزل منزلة شرط الاجر ويقضى له بالاجر استحسانا ولو أعطى صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر بربع الهاشمى بدرهم فصبغه بقفـيز عصفر وأقر رب الثوب بذلك فرب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخـذ الثوب وأعطاه ما زاد العصفر فى قيمة الثوب مع الاجر ومعنى هذه المسئلة أن الربع الهاشمى هو الصاع وهو ربع قفيز فكأنه أمره بأن يصبغه صبغا غـير مشبع وقد صبغ صبغا مشـبعا فكان فى أصـل العمـل موافقا وفى الصفة مخالف فيجبر صاحب الثوب لذلك ثم أطلق الجواب فى الكتاب ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقسم الجواب فيه فاما أن يصبغه بربع الهاشمى أو لا ثم بالزيادة الى تمام القفيز أو يصبغه بالقفيز دفعة واحدة فان كان صبغه بربع الهاشمى أولا فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء ضمنه قيمة ثوبه مصبوغا بربع الهاشمى وأعطاه الاجر لانه أقام العمل المشروط وصار ذلك من وجـه كالمسلم الى صاحب الثوب لاتصاله بالثوب ثم غيره قبل تمام التسليم فان شاء لم يرض به متغيرا وضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء رضي به متغيرا وضمنه قيمته مصبوغا بربع الهاشمى وأعطاه الاجر وان شاء أخـذ الثوب وأعطاه الاجر مع قيمة ما زاد من العصفر فيـه وهو ثلاثة أرباع قفيز لانه بمنزلة من غصب ثوبا

مصبوغا بربع قفيز فصبغه بثلاثة أرباع قفيز أما اذا صبغه بقفيز دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة الصبغ ولا أجر له لانه ما أقام العمل المشروط ولكنه خالف فى هيئة العمل فى الابتداء ولانه لا بد من اعتبار قيمة الصبغ فلا يعتبر الاجر لان أحدهما تبع للآخر فلا يجمع بينهما (ألا ترى) أن فى الموضع الذى يجب الاجر لا ينظر الى قيمة الصبغ فهنا لما وجب قيمة الصبغ بسبب مازاد من الصبغ فيه سقط اعتبار الاجر والحاكم رحمه الله فى المنتقى ذكر هذا التقسيم عن أبى يوسف رحمه الله وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه اذا دفع ثوبا ليصبغه بمن عصفر بدرهم فصبغه بمنوين دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أعطاه الاجر درهما مع قيمة من من الصبغ قال (قلت) لمحمد رحمه الله لم لا يضمن له قيمة منوين من الصبغ قال لان صاحب الثوب يقول أنا خادعته حتى رضي بدرهم من قيمة من من الصبغ وربما تكون قيمته خمسة فبعد وجود الرضى منه بهذا المقدار ليس له أن يضمن زيادة عليه فلهذا أعطاه الأجر مع قيمة من الصبغ وان كان ماروى عن محمد رحمه الله هو الاصح ولانه وان صبغه جملة فانما يتشرب فيه الصبغ شيئا فشيئا فاذا تشرب فيه المقدار المشروط وجب الاجر فكان هذا وما لو صبغه بدفعتين سواء ولو قال رب الثوب لم تصبغه الا بربع عصفر فان كان مثل ذلك الصبغ يكون بربع الهاشمى فالقول قوله مع يمينه على علمه لان الظاهر شاهد له وهو ينكر وجوب قيمة الصبغ عليه والاستحلاف على العلم لانه على فعل الغير الا أن يقيم الصباغ بينة وان كان مثل ذلك لا يكون بربع عصفر وكان ذلك يعرف فالقول قول الصباغ لان الظاهر شاهد له والجواب فيه كالجواب فى المسئلة الاولى ولو قال لخياط أنظر الى هذا الثوب فان كفانى قميصا فاقطعه بدرهم وخطه فقال نعم ثم قال بعد ما قطعه انه لا يكفيك فالخياط ضامن لقيمة الثوب لانه علق الاذن بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا لم يكفه قميصا فانما قطعه بغير اذنه ومن قطع ثوب الغير بغير اذنه فهو ضامن لقيمته ولو قال له أنظر أيكفينى قميصا فقال نعم فقال اقطعه فاذا هو لا يكفيه لم يضمن لانه قطعه باذنه فان قوله اقطعه أذن مطلق ولا يقال قد غره بقوله يكفيك لان الغرور بمجرد الخبر اذا لم يكن فى ضمن عقد ضمان لا يوجب الضمان على الغار كما لو قال هذا الطريق أمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه بخلاف الاول فانعدام الاذن هناك بما صرح فى لفظه من الشرط حتى لو

كان فى لفظه هنا ما يدل على الشرط بأن يقول فاقطعه أو اقطعه اذا فهو ضامن اذا لم يكفه لان الفاء للوصل فبذكره تبين انه شارط للكفاية فى الاذن وقوله إذا اشارة الى ما سبق فكانه قال اقطعه اذا كان يكفينى لان هذا شرط الا أنه أوجز كلامه ولو سلم ثوبا الي خياط فقطعه له قباء فقال بطنه من عندك واحشه علي أن لك من الاجر كذاوكذا فهو مثل الخف الذى أمره أن يبطنه وينعله فى القياس ولكن لاأجيز هذا استحسانا لان ذلك مستحسن فى القياس بالتعامل وهذا لاتعامل فيه فيستحسن العود الى أصل القياس فيه ويقال انه مشترى لمعدوم أو لمجهول فلا يجوز ولان هذا ليس في معنى ذلك لان الخف بدون النعل والبطانة يسمى خفاولكن بالنعل والبطانة يصير أحكم فماشرط عليه يمكن أن يجعل تبعا للعمل فاما القباء والجبة لاتكون بدون البطانةوالحشو واذا كان ماالتمس منه لاينطلق عليه الاسم الا بماشرط عليه لم يكن ذلك تبعا للعمل وانما هو استصناع لاتعامل فيه فلا يجوز ذلك فان أتاه بالقباء مبطنا محشوا فللخياط قيمة بطانته وحشوه وأجر خياطته ولاتجاوز بهماسمي له فى أجر خياطته خاصة لانه استوفى منافعه بحكم عقدفاسد فكذلك استوفى غير ملكه بحكم عقد فاسد وتعذر عليه رده فيلزمه قيمه المشترى بالغا مابلغ وأجر مثل عمله لايجاوز به ماسمى له وبهذا اللفظ يستدل بعض أصحابنا رحمهم الله ممن يقول فى الفصول المتقدمة أن قوله لايجاوز بهماسمى له من الاجر خاصة دون قيمة مازاد فيه والاصح هو الفرق لان الحشو والبطانة هنا لم تكن فى العقد تبعا فى العمل ولذلك فسد العقد في الاصل واذاوجب اعتبارهما مقصوداً بقيمتها بالغة مابلغت وفيما سبق النعل والبطانة في الخف والحشو والبطانة فى القلنسوة جعل تبعا للعمل فى العقد ولذلك جاز العقد فكما أن فى أصل العمل لايجاوز بالبدل ماسمى له فكذلك فيما هو تبع له ولو أعطاه ثوبا وبطانة وقطنا وأمره أن يقطعه جبة ويحشوها ويندف القطن عليها وسمى الاجر له فهو جائز لانه استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم ولو شرط على خياط أن يقطع له عشر قمص كل قميص بدرهم ولم يسم له قدرها وجنسها لم يجز لجهالة المعقود عليه من العمل فعمل الخياط يختلف باختلاف جنس الثياب وباختلاف القميص فى الطول والقصر ولوقال الثياب هروية ومقداره على هذا الشئ معروف فهو جائز لان مقدار العمل بما سمى يصير معلوما على وجه لايبقى بينهما منازعة ولو دفع اليه ثوبا ليقطعه قميصا واشترط عليه إن خاطه اليوم فله درهم وان لم يفرغ منه اليوم فله نصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله ان خاطه اليوم فله درهم

وان لم يفرغ منه اليوم فله أجر مثله لاينقص عن نصف درهم ولايجاوز به درهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على ماالشترط اذا فرغ منه اليوم فله درهم وان فرغ منه بعد ذلك فله نصف درهم وقال زفر رحمه الله العقد فاسد كله وهو قول الشافعي رحمه الله وهذه فصول (أحدها) أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا شئ لك وهو فاسد بالاتفاق لان هذه مخاطرة فانه شرط له على نفسه درهما ان خاطه اليوم ولنفسه عليه العمل ان لم يخطه اليوم وهو صورة القمار فكان فاسداً ولانه يصير تقدير كلامه كانه قال لك أجر درهم على خياطتك أولا شئ ولو قال ذلك كان العقد فاسداً وكان له أجر مثله لا يجاوز درهما فهذا مثله (والفصل) الثانى أن يقول ان خطت خياطة رومية فلك درهم وان خطته خياطة فارسية فلك نصف درهم أو يقول ان خطته قباء فلك درهم وان خطته قميصا فلك نصف درهم فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله الاول العقد فاسد كله وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وهو القياس ثم رجع أبو حنيفة رحمه الله فقال الشرطان جائزان وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الاول أن المعقود عليه مجهول عند العقد والبدل مجهول وجهالة أحدهما فى المعاوضة تكون مفسدة للعقد فجهالتهما أولى كما لو قال بعت منك هذا العبد بالف درهم أو هذه الجارية بمائة دينار أوزوجتك أمتى هذه بمائة درهم أو ابنتي هذه بمائة دينار فقال قبلت كان باطلا وهذا لان عقد الاجارة يلزم بنفسه واذا لم يعين عليه نوعا من العمل عند العقد لا يدرى بماذا يطالبه فكان العقد فاسدا ووجه قوله الآخر أنه خيره بين نوعين من العمل كل واحد منهما معلوم فى نفسه والبدل بمقابلة كل واحد منهما مسمى معلوم فيجوز العقد كما لو اشترى ثوبين على أن له الخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر وسمى لكل واحد منهما ثمنا وهذا لان الاجر لايجب بنفس العقد وانما يجب بالعمل وعند العمل مايلزمه من البدل معلوم وكذلك عقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وانما ينعقد عند اقامة العمل وعند ذلك لا جهالة فى المعقود عليه بخلاف النكاح والبيع فالعقد هناك ينعقد لازما فى الحال والبدل يستحق بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما عند العقد كان العقد فاسدا (والفصل) الثالث أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فعند أبى حنيفة رحمه الله الشرط الاول جائز والثانى فاسد وعندهما الشرطان جائزان وفى القياس يفسد الشرطان وهو قول زفر رحمه الله كما فى الفصل الاول (ألا ترى) انه لو قال في البيع ان أعطيت لى الثمن الى شهر فعشرة دراهم

وان أعطيته الى شهرين فخمسة عشر درهما كان العقد كله فاسدا للتردد بين التسميتين ولهذا التردد أفسد أبو حنيفة رحمه الله للشرط الثاني فكذلك يفسد الشرط الاول وهما اعتبرا هذا في الفصل الثاني قالا انه سمى عملين وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز العقد كما فى الفصل الثانى وهذا لان عمله فى الغد غير عمله فى اليوم ولصاحب الثوب فى اقامة العمل فى كل وقت غرض صحيح وانما يجب الاجر عند اقامة العمل ولا جهالة عند ذلك بخلاف الفصل الاول فهناك انما أفسدنا العقد لمعنى القمار وذلك غير موجود هنا لانه فى اليومين شرط الاجر له على نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول علق البرأة عن بعض الاجر بشرط فوات منفعة التعجيل بقوله ان لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ولو علق البرأة عن جميع الاجر بهذا الشرط لم يصح بان قال وان لم تفرغ منه اليوم فلا شئ لك فكذلك اذا علق البرأة عن بعض الاجر به اعتبارا للبعض بالكل ولان البرأة لا تحتمل التعليق بالشرط وهذا لان الخياطة فى اليومين بصفة واحدة وانما تفوت منفعة التعجيل بتأخير العمل الى الغد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية فانهما مختلفان فلا يكون ذلك تعليق البرأة عن بعض الاجر حتى لو قال هناك وان خطته فارسيا فلا أجر لك كان ذلك استعانة صحيحة فى خياطة الفارسية واختلفت الروايات فيما اذا قال له خط هذا الثوب اليوم بدرهم فخاطه غدا ماذا يجب له ففى احدى الروايتين يجب المسمى بمنزلة قوله خطه بدرهم وفى الرواية الاخري يجب أجر المثل لايجاوز به درهما لانه رضى بالدرهم بشرط منفعة التعجيل فاذا فاته ذلك يلزمه أجر المثل فعلى الرواية الاولى يقول اجتمع فى اليوم الثانى تسميتان درهم ونصف درهم فكان العقد فاسدا كما لو قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وبيان ذلك أن موجب التسمية الاولى عند الخياطة غدا الدرهم لو اقتصر عليه فهو بالتسمية الثانية يضم الشرط الثانى الى الاول فى الغد مع بقاء الاول فتجتمع تسميتان بخلاف اليوم الاول فليس فيه الا تسمية واحدة وهو الدرهم لان تسمية نصف درهم فى الغد لا موجب له في اليوم حتى اذا قال استأجرتك غدا لتخيطه بنصف درهم فخاطه اليوم فلا أجر له فلهذا صح الشرط الاول دون الثانى بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه لا تجتمع تسميتان فى واحد من العملين حتى لو قال خطه خياطة رومية بدرهم فخاطه خياطة فارسية كان مخالفا وعلى الرواية الاخرى يقول التسمية الاولى لها موجب فى اليوم الثانى وهو أجر المثل فهو بتسمية نصف درهم قصد تغيير

موجب تلك التسمية مع بقائها وذلك فاسد كما فى قوله وان خطته غدا فلا شيء لك بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب فى العمل الآخر فكان عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى معلوم فيها فلهذا افترقا واذا اشترى نعلا بدرهم وشراكا معها على أن يحذوها البائع فهو جائز استحسانا لكونه متعارفا بين الناس واذا كان أصل العقد يجوز للعرف فالشرط فى العقد اذا كان متعارفا للجواز أولى وان اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع بعشرة فهو فاسد لانه بيع شرط فيه اجارة فانه ان كان بعض البدل بمقابلة الخياطة فهى اجارة مشروطة فى بيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من البدل فهى اعانة مشروطة فى البيع وذلك مفسد للعقد وهذا ومسئلة النعل في القياس سواء غير أن هناك استحسنا للعرف ولا عرف هنا فيؤخذ به بالقياس ولو جاء الى حذاء بشراكين ونعلين استأجره علي أن يحذوهما له باجر مسمى جاز وان اشترط عليه الشراكين فاراهما اياه ورضيه ثم حذاهما له كان جائزا أيضا استحسانا وفي الخف ينعل ويرقع كذلك الجواب بخلاف مالو شرط فى الجبة والقباء البطانة والحشو على العامل والفرق بالعرف ثم شرط هنا أن يريه الشراك والنعل والصحيح أنه لايشترط اراءته اياه ولكن ان أعلمه على وجه لا يبقى بينهما فيه منازعة فذلك كاف لما في شرط الاراءة من بعض الحرج ولو شرط على الخياط أن يكون كم القيمص من عنده كان فاسدا لانعدام العرف فيه وكذلك لو شرط على البناء أن يكون الآجر والجص من عنده وكل شيء من هذا الجنس يشترط فيه على العامل شيئا من قبله بغير عينه فهو فاسد الا فيما بينا للعرف فاذا عمله فالعمل لصاحب المتاع وللعامل أجر مثله مع قيمة مازاد لانه صار قابضا لما اشتراه بعقد فاسد وتعذر رده حين صار وصفا من أوصاف ملكه واستوفى عمله بعقد فاسد فكان له أجر مثله واذا رد القصار على صاحب الثوب ثوبا غيره خطأ أو عمدا فقطعه وخاطه ثم جاء صاحبه فهو بالخيار يضمن أيهما شاء لان القصار جان فى تسليم ثوبه الى الغير والقابض فى قبضه وقطعه وخياطته فيضمن أيهما شاء فان ضمن القصار فقد ملك القصار الثوب بالضمان وتبين أن القاطع قطع ثوبه وخاطه بغير أمره فيرجع عليه بقيمته ويعامل بما يعامل به الغاصب وان ضمن القاطع لم يرجع القاطع بهذه القيمة على القصار لانه ضمن بسبب عمل باشره لنفسه وفى الوجهين يرجع على القصار بثوبه لانه عين ملكه وقد بقى فى يد القصار فيأخذه منه والله أعلم

باب متى يجب للعامل الاجر

(قال رحمه الله واذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رحمه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن الا اذا تلف بامر لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق الغالب) وكذلك الخلاف في كل أجير مشترك كالاجير المشترك في حفظ الثياب وغيره والمشترك من يستوجب الاجر بالعمل ويعمل لغير واحد ولهذا يسمى مشتركا ولا خلاف ان أجير الواحد لا يكون ضامنا لما تلف في يده من غير صنعه وهو الذى يستوجب البدل بمقابلة منافعه حتى اذا سلم النفس استوجب الأجر وان لم يستعمله صاحبه ولا يملك أن يؤجر نفسه من آخر فى تلك المدة وجه قولهما أنه خالف بموجب العقد فكان ضامنا كما اذا دق الثوب وتخرق وبيان ذلك أن المعقود عليه هو الحفظ وعقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما فاذا سرق تبين أنه لم يأت بالحفظ السليم فكان مخالفا موجب العقد كما قلنا فى الدق فالمستحق بالعقد وقى سليما عن عيب التخرق فاذا تخرق كان ضامنا وهذا فى الأجير بالحفظ ظاهر وكذلك فى القصار فانه لا يتوصل الي اقامة العمل إلا بالحفظ والعمل مستحق عليه ومالا يتوصل الى المستحق الا به يكون مستحقا والمستحق بالمعاوضة السليم دون المعيب والبدل وان لم يكن بمقابلة الحفظ هنا لكن لما كان مستحقا بعقد المعاوضة تعتبر فيه صفة السلامة كاوصاف المبيع الا أن مالا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كما في السراية فى حق النزاع فانه عفو لانه لا يستطاع الامتناع منه والقياس ماقاله أبو حنيفة رحمه الله لانه قبض العين باذن المالك لمنفعته وهو اقامة العمل له فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وأجير الواحد وهذا لان الضمان اما أن يكون ضمان عقد أو ضمان جبران والعقد وارد على العمل لا علي العين فلا تصير العين به مضمونة والجبران للفوات وهو مافوت على المالك شيئا حين قبضه باذنه وبهذا الطريق لا يضمن أجير الواحد فكذلك المشترك وهما يقولان يستحسن فنضمن المشترك احتياطا بخلاف الخاص فالعين هناك في يد صاحبه لان أجير الخاص يعمل له في بيته ولان البدل هناك ليس بمقابلة العمل فلا تشترط فيه السلامة عن العيب ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول هذا نظر فيه ضرر في حق الاجير وهو أن يلزمه مالم يلتزمه ونظر الشرع

للكل فمن النظر للاجير أن لا يكون مضمونا عليه ولما تساوى الجانبان لم يجب الضمان بالشك وما قال انما يستقيم أن لو كان التلف يتولد من الحفظ كما يتولد من العمل ولا يتصور تولد التلف من الحفظ الا أن يضيع بترك الحفظ وعند ذلك هو ضامن لا أجر له عند أبي حنيفة رحمه الله لان المعقود عليه الوصف الحادث في الثوب بعمله وقد فات قبل تمام التسليم على صاحبه فلا أجر له بخلاف أجير الواحد فالمعقود عليه هناك منافعه في المدة وقد تم التسليم فيه فبهلاك العين عنده لا يبطل الأجر وأما عندهما رب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب مقصوراً وأعطاه الأجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له لان المعقود عليه صار مسلما من وجه باتصاله بالثوب الا انه لم يتم التسليم حتى تغير الى البدل وهو ضمان القيمة فيتخير صاحب الثوب ان شاء رضي به متغيراً فضمنه قيمته مقصوراً وأعطاه الأجر وان شاء لم يرض بالتغير وفسخ العقد فيه فيضمنه قيمة ثوبه أبيض بمنزلة مالو قبل المبيع قبل القبض فانه يتخير المشترى فاما اذا تلف بعمله بان دق الثوب فتخرق فهو ضامن عندنا وقال زفر رحمه الله لا ضمان عليه ان لم يجاوز الحد المعتاد وللشافعي رحمه الله فيه قولان في أحد القولين يقول هو ضامن سواء تلف بفعله أو بغير فعله وفي قوله الآخر يقول لا ضمان عليه سواء تلف بفعله أو بغير فعله وجه قول زفر رحمه الله أنه عمل مأذون فيه فما تلف بسببه لا يكون مضمونا عليه كالمعين في الدق وأجير الواحد وبيانه انه استأجره ليدق الثوب والدق عمل معلوم بحده وهو ارسال المدقة على المحل من غير عنف وقد أتى بتلك الصفة فكان مأذونا فيه ثم التخرق انما كان لوهاء في الثوب وليس في وسع العامل التحرز من ذلك فهو نظير البزاغ والفصاد والحجام والختان اذا سرى الى النفس لا يجب الضمان عليهم لهذا المعنى وهذا لان العمل مستحق عليه بعقد المعاوضة وما يستحق على المرء لا يبعد بما ليس في وسعه وبه فارق المشي في الطريق والرمي الى الهدف فانه مباح غير مستحق عليه فقيد بشرط السلامة والدليل عليه ان أجير القصار اذا دق فتخرق الثوب لم يجب الضمان على الاجير وعندكم يجب الضمان على الاستاذ فان كان هذا العمل مأذونا فيه لم يجب الضمان على أحد وان لم يكن مأذونا فيه فهو موجب للضمان على من باشره فاما أن يقال من باشره لا يضمن وغيره يضمن بسببه فهو بعيد جداً وحجتنا في ذلك ان التلف حصل بفعل غير مأذون فيه فيكون مأذونا كما لو دق الثوب بغير أمره وبيان ذلك أن الاذن ثابت بمقتضى العقد والمعقود عليه عمل في الذمة والعقد عقد

معاوضة فطلقه يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب كعقد البيع ومافى الذمة يعرف بصفته والموصوف بانه سليم غير الموصوف بأنه معيب فاذا ثبت أن المعقود عليه العمل السليم المزين للثوب عرفنا أن المعيب المخرق للثوب غير المعقود عليه فلا يكون مأذونا فيه وبه فارق أجير الواحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هناك البدل ليس بمقابلة السليم بل بمقابلة تسليم النفس دون العمل وصفة السلامة في العمل بمقتضي عقد المعاوضة الا أن هذا ليس بقوى فالمعقود عليه فى الموضعين العمل والبدل بمقابلة المقصود الا أن هنالك يقام تسليم النفس مقام العمل دفعا للضرر عن الاجير لتضيق مدة التسليم عليه وهذا لا يدل على أنه اذا وجد ماهو المقصود لا يكون البدل بمقابلته كما يقام تسليم النفس فى النكاح مقام ماهو المقصود ثم اذا وجد ماهو المقصود وهو الوطء كان البدل بمقابلته فالصحيح أن يقول المعقود عليه فى حق أجير الواحد منافعه ولهذا يشترط اعلامه ببيان المدة ومنافعه عين والعين لاتختلف بكونه سليما أو معيبا كما فى بيع العين فانه وان وجد بالمعقود عليه عيبا لايخرج العقد به من أن يكون متناولا له فعرفنا أن الاذن متناول للعمل معيبا كان أو سليما وهنا المعقود عليه عمل فى الذمة بمنزلة المسلم فيه وعقد السلم اذا تناول الجيد لا يكون الردىء معقودا عليه ما لم يسقط حقه فى الجودة بالرضاء به فهنا مادام العمل السليم معقوداً عليه لايكون المعيب معقودا عليه الا أن يرضى به وهذا بخلاف المعين فانه واهب للعمل والهبة لا تقتضي السلامة عن العيب فبالتخرق لا يخرج العمل من أن يكون مأذونا فيه وبخلاف البزاغ والفصاد والحجام فهنالك العمل معلوم بحده لا بصفته لانه حرج والحرج الذى هو غير ساري ليس فى وسع البشر فانما يلتزم بعقد المعاوضة مايقدر على تسليمه دون مالا يقدر فاما التحرز عن التخرق فى وسع القصار فى الجملة الا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وذلك لايمنع صحة التزامه بعقد المعاوضة * يوضحه أن التخرق اما أن يكون لشيء فى طى الثوب أو لرقة فى الثوب أو لحدة فى المدقة وكل هذا يمكن الوقوف عليه عند التأمل فاما السراية فلضعف الطبيعة عن دفع أثر الجناية ولا طريق للوقوف بحال * يوضحه أن التلف هناك لايحصل في حال العمل وانما يكون بعد الفراغ منه بمدة والعمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فما يقابل المضمون يكون مضمونا الا أنه بالفراغ منه يصير مسلما الى صاحبه فانما حصل التلف بعد خروجه من ضمان العاقد وهنا التخرق يحصل في حال العمل لا بعد الفراغ من العمل وفي حال العمل التسليم لم يوجد بعد وهو عمل مضمون عليه لانه يقابله

بدل مضمون والمتولد من المضمون يكون مضمونا فاما أجير القصار فهو أجير واحد والبدل في حقه بمقابلة منافعه فلهذا لا يكون ضامنا ثم عمله للأستاذ كعمل الاستاذ بنفسه وهو لو قام بالثوب بنفسه فخرق الثوب كان ضامنا فكذلك اذا عمل له أجيره اذا عرفنا هذا فنقول لصاحب الثوب الخيار ان شاء ضمنه قيمته مقصورا وأعطاه الاجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له (قال) بشر بن غياث رحمه الله وهذا الجواب صحيح على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما قبضه قبض ضمان فله أن يضمنه قيمته وقت القبض غير مقصور فأما عند أبي حنيفة رحمه الله هو خطأ لان عنده قبل قبض القصار قبض أمانة وانما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له أن يضمنه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك ولكن الاصح ما قلنا فانا لا نقول نضمنه قيمته بالقبض ولكنه يضمنه قيمته بالاتلاف ان شاء معمولا وان شاء غير معمول لان العمل يصير مسلما من وجه باتصاله بالثوب وذلك العمل يجوز أن يكون معقودا عليه عند الرضاء به كالرديء في باب السلم مكان الجيد يكون معقودا عليه عند التجوز به فاذا وقع التغير في العمل كان له الخيار ان شاء رضي به متغيرا فضمنه قيمته معمولا وأعطاه الاجر وان شاء لم يرض به فيخرج العمل به من أن يكون معقودا عليه ويضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان لم يهلك الثوب وأراد صاحبه أخذه كان للقصار أن يمنعه حتى يستوفي الاجر وقد بينا خلاف زفر رحمه الله في هذا والحاصل أن كل أجير يكون أثر عمله قائما في المعمول كالنساج والقصار والصباغ والفتال فله حق الحبس لان المعقود عليه الوصف الذي أحدثه في الثوب وهو قائم فيكون له أن يحبسه ببدله وكل من ليس لعمله أثر في المعمول كالحمال فانه لا يستوجب الحبس لان المعقود عليه نفس العمل ولم يبق بعد الفراغ منه فلا يكون له أن يحبس فان (قيل) في القصار عمله في ازالة الدرن والوسخ لا في احداث البياض في الثوب فالبياض للقطن صفة أصلية (قلنا) نعم ولكن لما غلب الدرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المعدوم وحين أظهره القصار بعمله جعل ظهوره مضافا الى عمله فيكون أثر عمله قائما في المعمول فان منعه فهلك فالجواب على ما بينا لان المنع كان بحق فلا يكون سببا موجبا للضمان فيما ليس بمضمون فلهذا يستوي الهلاك بعد المنع وقبله وعلى قول زفر رحمه الله ليس له حق الحبس فاذا حبسه كان غاصبا ضامنا للقيمة وان أراد أن يأخذ الثوب قبل تمام العمل بغير اذنه ويعطيه من الاجر بمقدار ما عمل لم يكن له ذلك حتى يفرغ منه لان العقد لازم

من الجانبين لكونه معاوضة فما ليس للقصار أن يفرق الصفقة على صاحب الثوب فيمتنع من اقامة بعض العمل بغير اذنه فكذلك لا يكون ذلك لرب الثوب وكما أن اقامة العمل مستحق على القصار فامساك العين الى أن يفرغ من العمل مستحق له ولهذا لا يأخذه منه صاحبه وان استأجر حمالا ليحمل له شيئا على ظهره أو على دابته الى موضع معلوم فحمله وصاحبه يمشي معه أو ليس معه فانكسر في بعض الطريق أو عثر فانكسرت الدابة فانكسر المتاع (قال) رضي الله عنه اعلم بان الحمال أجير مشترك بمنزلة القصار وان تلف في يده بغير فعله بأن زحمه الناس ففي وجوب الضمان عليه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله كما بينا وان تلف بفعله بان تعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا لزفر رحمه الله فان التلف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذي سقط وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشي معه فلا يشكل وكذلك ان كان لا يمشي معه فانه يصير مسلما باتصاله بملكه ثم تغير قبل تمام التسليم فيثبت الخيار لهذا وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول الصفقة قد تفرقت عليه فيما لم يحصل المقصود الا بجملته فان مقصود صاحب المتاع لا يحصل الا بوصول المتاع الى موضع حاجته فاذا انكسر في بعض الطريق فقد انفسخ العقد فيما بقي للفوات فعرفنا أن الصفقة قد تفرقت فان شاء رضي بهذا التفرق وقرر العقد فيما استوفى من العمل وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء أبى ذلك وفسخ العقد في الكل فيضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له ولهذا كان الخيار لصاحب المتاع ولو هلك في نصف الطريق بغير فعله لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وكان له نصف الاجر بخلاف ما سبق العمل من القصار لان المعقود عليه هنا صار مسلما بنفسه ولهذا لا يستوجب الحبس اذا فرغ من العمل فكان هو في هذا الحكم كاجير الواحد بخلاف القصار فالتسليم هناك لا يتم باقامة العمل بدليل أن له أن يحبس لاستيفاء الاجر وهذا الفصل يوهن طريقة الرازي رحمه الله في الفصل الاول ويتبين به أن الصحيح ما قلنا أولا من أن ثبوت الخيار للتغير الى البدل وقيام البدل مقام الاصل في فسخ العقد فيه حتى أن في هذا الموضع لما لم يجب البدل وهو الضمان لا يمكن فسخ العقد فيما أقام من العمل فكان له من الاجر بحصة ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في الكراء الى مكة لا يعطى شيئا من كرائه حتى يرجع من مكة وكذلك

كان يقول في جميع من يحمل الحمولة على ظهره أوعلي دابته أوسفينة ثم رجع عن ذلك فقال كل ماصار مسيرا له من الاجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وسواء كان الاجر دراهم أوثوبا أوعبدا أوغير ذلك وأصل المسئلة أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمها به عندنا عينا كان أودينا وانما تملك باحد معان ثلاثة إما التعجيل أوشرط التعجيل أو استيفاء ما يقابله وعند الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار أو الدابة الى المستأجر وحجته في ذلك أن هذا عقد معاوضة فمطلقه يوجب ملك البدل بنفسه كعقد البيع والنكاح وهذا لان ماهو المعقود عليه المنفعة ومنفعة العين في حكم العين فكما يملك البدل في العقد الوارد على العين بنفسه فكذلك في العقد الوارد على المنفعة والدليل على أن المنفعة في حكم العين صحة الاستئجار باجرة مؤجلة وماليس بعين فهو دين والدين بالدين حرام في الشرع وهذا لان المنفعة وان كانت معدومة عند العقد حقيقة فقد جعلت كالموجودة حكما بدليل جواز العقد ولزومه وعقد المعاوضة على المعدوم لا ينعقد ولا يلتزم وللشرع ولاية أن يجعل المعدوم حقيقة موجوداً حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما والمرتد اللاحق بدار الحرب واذا صارت موجودة حكما التحقت بالموجود حقيقة فتصير مملوكة بالعقد وكما يصير مملوكا بالعقد حكما يصير مسلما بتسليم الدار بدليل أن المستأجر يملك التصرف فيه بالاجارة من الغير وأنه لو استأجر دارين فانهدمت أحدهما بالقبض لم يكن له خيار في رد الاخرى لتفرق الصفقة بعد التمام بخلاف ما قبل القبض وأنه لو تزوج امرأة على سكنى دار سنة فسلم الدار اليها لم يكن لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المنفعة بخلاف ماقبل تسليم الدار اليها ولا يدخل على هذا ما اذا انهدمت الدار فان المنفعة لا تتلف في ضمان المستأجر لانا جعلناها كالموجودة المسلمة باعتبار عرضية الوجود في المدة وقد زال ذلك بانهدام الدار وهو كما لو جعلنا النطفة في الرحم كالحي لكونها معدة لذلك فان زال ذلك بالانفصال ميتا بطل حكم العتق والارث والوصية له لانعدام المعنى الذي لاجله جعل كالموجود والدليل عليه أن الاجرة تملك بشرط التعجيل ولو كان مقتضى مطلق العقد تأخر الملك في الاجر أولم تجعل المنفعة كالموجودة حكما لما وجب الاجر بالشرط كما قلتم في الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل ولان أكثر مافي الباب أن تقام عين الدار مقام المعقود عليه في

حق انعقاد العقد فكذلك فى ملك البدل كعقد السلم فان الذمة لما أقيمت مقام المعقود عليه هناك فى انعقاد العقد ولزومه ملك البدل به بنفس العقد *وحجتنا فى ذلك أن هذا عقد معاوضة فيقتضي تقابل البدلين فى الملك والتسليم كعقد البيع ثم أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد فكذلك الاجرة وهذا لانه معدوم فى نفسه والملك من صفات الموجودات فالمعدوم لا يوصف بشئ سوي أنه معدوم والملك عبارة عن القدرة فلا يتحقق ذلك على المعدوم واذا لم يملك المعقود عليه فى الحال فلو ملك البدل بغير عوض وذلك ليس بقضية المعاوضة ثم عند الحدوث تملك المنفعة بعقد المعاوضة بغير عوض لان العوض كان مملوكا له من قبل وملكه لا يكون عوضا عن ملكه ولا وجه أن يقال ان المنافع التى تحدث فى المدة تجعل موجودة حكما لانه انما يقدر الشئ حكما اذا كان يتصور حقيقة كما فيما استشهدوا به فان الحى يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة ولا تصور لوجود المنافع التى تحدث فى المدة جملة فلا يجوز أن يقدر حكما فاما جواز العقد ليس باعتبار أن المنفعة تجعل موجودة حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد فان المنفعة عرض لا يتصور بقاؤها وقتين والتسليم بحكم العقد يكون عقيبه والجزء الموجود حقيقة لا بقاء له ليسلم عقيب العقد وما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة فلو جعلناها كالموجودة حقيقة لم تقبل العقد فبهذا تبين أن جواز العقد لم يكن بالطريق الذى قاله الخصم بل بأحد الطريقين اما باقامة عين الدار المنتفع بها مقام المنفعة فى حق صحة الايجاب ثم انعقاد العقد فى حق المعقود عليه فى حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى ما قلنا إن عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة وهذا لان الايجاب بعد الوجود لا يتحقق وحكم الانعقاد بعد الايجاب يحتمل التأخير في حكم المحل كالطلاق المضاف والعتق المضاف والوصية والمزارعة على أصل الخصم والمضاربة بالاتفاق أو باعتبار انه لما تعذر الايجاب بعد وجود المنفعة سقط اعتبار الوجود فيه شرعا لانعقاد العقد تيسيرا ولكن عرضية الوجود بكون العين منتفعا بها تكفى لانعقاد العقد كما لو تزوج رضيعة صح النكاح باعتبار أن عرضيه الوجود فيما هو المعقود عليه وهو ملك الحل يقام مقام الوجود وعلى الطريقين جميعا اقامة الشئ مقام غيره تكون بطريق الضرورة فتتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة فى ملك البدل بنفس العقد لان الملك حكم السبب والحكم قد يتأخر عن السبب وانما الشرط أن لا يخلو السبب عن الحكم فأما أن يقترن

به فلا وفى حكم ملك البدل لاضرورة فاعتبرنا ماهو الاصل وهو أن يتأخر الى وجود الملك فيما يقابله والدليل عليه أن قبل تسليم الدار لايجب تسليم الاجر ولو جعلت المنفعة كالعين لكان أول التسليمين على المستأجر كالثمن في بيع العين ولا يقول أن المنفعة دين فان الدين محله الذمة وهو لايلتزم المنفعة فى الذمة فكيف تقول ذلك وانما يتحقق العدم عند العقد فما يكون دينا فهو فى حكم الموجود بوجود محله ولهذا جعلنا المسلم فيه مملوكا بنفس العقد وجعلنا بدله مملوكا حتى وجب على رب السلم تسليمه بنفس العقد وهذا بخلاف النكاح فالمعقود عليه هناك العين والملك فى باب النكاح لايحتمل التأخر عن السبب فلهذه الضرورة جعلناه كالموجود فى حكم الملك فاما اذا شرط التعجيل فنقول امتناع الملك بنفس العقد كان بمقتضى مطلق المعاوضة وذلك يتغير بالشرط بمنزلة البيع فان مقتضى مطلق العقد ملك المبيع بنفس العقد ثم يتأخر بشرط الخيار ومقتضى مطلق البيع وجوب تسليم الثمن بنفس العقد ثم يتعين شرط الاجل بخلاف الاجارة المضافة فان امتناع ثبوت الملك هنا ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت فى المستقبل والمضاف الى وقت لايكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط واذا ثبت أنه يملك بشرط التعجيل ثبت أنه تملك بالتعجيل أيضا لانه فوق اشتراط التعجيل وذلك لان الملك يثبت بالقبض وللقبض تأثير فى اثبات الملك فيما لم يملك بنفس العقد كما في الهبة ونفقة الزوجة تملك بالقبض لمدة فى المستقبل ولا يملك بنفس العقد ثم كما لا ضرورة فى الملك لاضرورة فى التسليم لانه قد يتأخر التسليم عن العقد فلا يجعل مسلما بتسليم الدار وهذا لان تأثير التسليم بحكم المعاوضة فى نقل الضمان ولما لم ينتقل الى ضمان المستأجر عرفنا أنه لم يصر مسلما اليه وجواز تصرفه من الوجه الذى يجوز فيه تصرف الآخر لعجزه عن التصرف بعد الوجود حقيقة كما بينا وكذلك فى حكم تفرق الصفقة فانه لايمكن اثبات ذلك عند القبض حقيقة فتقام الدار فيه مقامه كما فى حكم التصرف وصحة تسمية المنفعة صداقا لانه ليس من ضرورة صحة العقد ملك المسمى بنفس العقد فانه في حكم البيع عندنا ولهذا لو تزوج امرأة على عبد الغير صحت التسمية ويتأخر الملك الا أن يحصل الزوج ملك العقد لنفسه وانما يعتبر مجرد تسليم الدار فى سقوط حقها في الحبس لوجود الرضاء منها بذلك فانها لما جعلت الصداق المنافع التي توجد فى المدة مع علمها أنه لا يتصور تسليمها جملة فقد صارت راضية بسقوط حقها فى الحبس عند تسليم الدار اليها لتحدث المنفعة على ملكها بمنزلة ما لو زوجت نفسها

بمهر منجم وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا في الكراء الى مكة لا يعطيه شيئا من الكراء
حتى يرجع من مكة وهو قول زفر رحمه الله لان مقصوده لا يتم الا به ووجوب تسليم
الاجر بعد حصول المقصود كما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا لا يلزمه ايفاء الاجر ما لم
يفرغ من العمل ثم رجع فقال كلما سار مسيرا له من الاجر شئ معروف فله أن يأخذه بذلك
وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان العمل بحسبه يصير مسلما وانما يجب تسليم الاجر
عند تسليم ما يقابله وكان ينبغي في القياس أنه كلما سار شيئا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله
من الاجر ولكن ذلك القدر لا يعرف فلو أخذنا بالقياس لم نتفرغ الى شغل آخر بل يسلم
الاجر في كل ساعة بقدر ما يستوفي من العمل وذلك بعيد وكان الكرخي رحمه الله يقول
كلما سار مرحلة أو في حصته من الاجر وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا سار ثلث
الطريق طالب بحصته من الاجر لان هذا القدر من الطريق قد يكترى المرء فيه دابة ثم
ينتقل الى أخرى وعلى هذا لو استأجر دارا مدة معلومة ففي قوله الاول ما لم تنته المدة
لا يجب تسليم الاجر وفي قوله الآخر اذا مضى من المدة ماله حصة معلومة من الاجر
يجب ايفاء الاجر بحسابه فالكرخي رحمه الله قدر ذلك بيوم وان عجل الاجر كله فهو جائز
لانه أخذ بالفضل وأوفى قبل وجوب الايفاء فهو كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله وليس له
أن يرجع فيما عجل من الاجر لان المستأجر ملك ذلك بالقبض بعد انعقاد العقد فلا يرجع
فيه حال بقاء العقد وان شرط في العقد أن لا يسلم الاجر حتى يرجع أو حتى تنتهي المدة فهو
جائز أما في قوله الاول فهذا شرط يوافق مقتضي العقد وفي قوله الآخر هذا اشتراط
الاجل في الاجر والاجر قياس الثمن يثبت الاجل فيه اذا كان دينا ولا يصح التأجيل فيه
اذا كان عينا ولو أبرأه عن جميع الاجر أو وهبه له فان كان ذلك دينا لم يصح ذلك في قول
أبي يوسف الآخر رحمه الله وصح في قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله ولا تبطل به
الاجارة وان كان عينا لم يصح حتى يقبل الآخر فان قبل بطلت الاجارة لان المعين من الاجر
كالمبيع والمشترى اذا وهب المبيع من البائع قبل القبض لا تصح الهبة ما لم يقبل فاذا قبل
انفسخ العقد فأما اذا كان دينا فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول في قول أبي يوسف الاول
وهو قول محمد رحمهما الله يجب الاجر بالعقد مؤجلا والابراء عن الدين المؤجل صحيح وفي قوله
الآخر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا والابراء قبل الوجوب لا يصح وعلى هذا الاصل

بنوا مسئلة المصارفة على هذا ولكن هذا شئ لا يروى عن محمد رحمه الله نصاوفي الجامع بنى المسائل على أن الاجر لايجب بنفس العقد عينا كان أو دينا ولكن وجه قوله الاول أن سبب الوجوب هو العقد والعقد منعقد الا أن الوجوب تأخر لتأخر ما يقابله والابراء بعد وجوب سبب الوجوب صحيح كالابراء عن نفقة العدة مشروطا فى الخلع وهذا لان السبب لما اعتبر فى جواز أداء الواجب وأقيم مقام الوجوب فكذلك في الاسقاط. وجه قوله الآخر أن الابراء اسقاط واسقاط ماليس بواجب لا يتحقق والهبة تمليك وتمليك ماليس بمملوك لا يصح ولو جاز الابراء وبقى العقد يملك المستأجر المنفعة عند الاستيفاء بغير عوض وهذا يخالف قضية الاجارة فانه من حكم الاعارة ولا خلاف بينهما أن الابراء عن بعض الاجرة قبل استيفاء شئ من المنفعة صحيح لان هذا بمنزلة الحط فيلتحق بأصل العقد ويصير كانه عقد فى الابتداء بما بقى ولو باعه بالاجر متاعا وسلمه اليه فهو جائز لان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينا في الذمة (ألا ترى) انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على أن لا دين بقى الشراء صحيحا ثم لما اتفقا على المقاصة بالاجر مع علمهما بأنه لايجب بنفس العقد فكأنهما شرطا تعجيل الاجر ويجعل ذلك مضمرا فى كلامهما لتحصيل مقصودهما كما اذا قال أعتق عبدك عنى على ألف درهم يجعل التمليك مضمرا لتحصيل مقصودهما فيصير الاجر بالثمن قصاصا بهذا الطريق ولا يكون للبائع حق حبس المبيع باستيفاء الثمن فان لم يوفه العمل لعذر رجع عليه بالدراهم دون المتاع لانه لما انفسخ العقد بعد ماصار مستوفيا للاجر بالمقاصة وجب رد ما استوفى كما لو استوفاه حقيقة أو لما انفسخ العقد ظهر أن الاجر غير واجب وان المقاصة لا تقع به ولكن أصل الشراء بقى صحيحا بثمن فى ذمته فيطالبه بالثمن وان باعه المستأجر بالدراهم دنانير ودفعها اليه قبل استيفاء المنفعة فهو جائز فى قول أبى يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد رحمه الله وفى قوله الآخر الصرف باطل فاذا افترقا قبل ايفاء العمل فوجه قوله الاول أنهما لما أضافا عقد الصرف الي الاجرة فقد قصد المقاصة بها ولا وجه لتحصيل مقصودهما الا بتقديم اشتراط التعجيل فيقدم ذلك لتحصيل مقصودهما ثم المضمر كالمصرح به ولو صرح باشتراط التعجيل ثم صارف به دينارا وقبضه لم يبطل العقد بالافتراق فكذلك اذا ثبت ذلك ضمنا في كل منهما وهو نظير الشراء والدليل عليه أن من كفل عن غيره عشرة دراهم بأمره ثم صارف به مع المكفول عنه دينارا قبل أن يؤدي جاز ذلك لوجود السبب وان لم يجب دينه على المكفول عنه مالم

يود مثله وجه قوله الآخر أن وجوب العشرة مقترن بعقد الصرف وما يجب بعقد الصرف
اذا لم يقبض حتى افترقا بطل العقد كما لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم مطلقا وبيان ذلك أن الاجر
لم يجب بعقد الاجارة بالاتفاق قبل استيفاء العمل ولا سبب للوجوب بعده سوى الصرف
فعرفنا أنه واجب بعقد الصرف والذي قال من أنه يقدم اشتراط التعجيل ليس بقوى لان
الحاجة الى اشتراط التعجيل للمقاصة به لا لصحة عقد الصرف فعقد الصرف صحيح بدراهم
فى ذمته وأوان المقاصة بعد عقد الصرف فهب أن شرط التعجيل يثبت مقدما على المقاصة فانما
يكون ذلك بعد عقد الصرف أو معه وبدل الصرف لا يجوز أن يكون قصاصا بدين يجب بعده
فان (قيل) يجعل شرط التعجيل مقدما على عقد الصرف لانه لا يمكن تحصيل مقصودهما وهو
المقاصة الا به (قلنا) انما يقدم على العقد بطريق الاجبار ما هو من شرائط العقد ووجوب
الأجر ليس من شرائط عقد الصرف بدليل أنه لو نقد العشرة فى المجلس كان العقد صحيحا
ثم لا يشتغل بالاحتيال لبقاء العقد صحيحا (ألا ترى) انه لو باعه عشرة وثوبا بعشرة وثوب
وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ولو صرفنا الجنس الى خلاف الجنس لم يبطل ولكن
قيل يحتال للتصحيح فى الابتداء ولا يحتال للبقاء على الصحة والدليل عليه أن الاجرة اذا كانت
بقرة بعينها فصارف بها دينارا وافترقا قبل قبض البقرة لم يصح ولو كان اشتراط التعجيل معتبرا
فى ابقاء العقد صحيحا لاستوى فيه العين والدين وأما مسئلة الكفيل فبالكفالة كما وجب
للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الى أدائه والمصارفة بالدين
المؤجل صحيح وقد بينا ههنا ان الأجر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا فيبطل عقد
الصرف بالافتراق قبل قبض الدراهم وان مات قبل أن يوفيه العمل وقد حمله بعض الطريق
أو لم يحمله فانه يرد عليه من الدراهم بقدر مالم يوفه من العمل وفي قوله الاول لانه صار
مستوفيا للأجر بطريق المقاصة فبقدر ما ينفسخ العقد فيه يلزمه رده وفي قوله الآخر
الصرف باطل فعليه رد دينار وان شرط فى الأجل مدة معلومة فذلك صحيح واعتبار
الأجل من حين يجب الاجر لان الأجل يؤخر المطالبة ولا يتحقق ذلك قبل الوجوب
وان كان الاجر شيئا له حمل ومؤنة فلم يشترط له مكان الايفاء في قياس قول أبي حنيفة
رحمه الله العقد فاسد وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز وهو نظير اختلافهم
فى المسلم فيه وقد بيناه في البيوع فان قيل أليس أن الاجر بمنزلة الثمن فى البيع ولو كان الثمن

شيئا له حمل ومؤنة لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء فكيف يشترط ذلك في الاجر عند أبي يوسف رحمه الله (قلنا) في الثمن ان لم يكن مؤجلا فالايفاء يجب بنفس العقد ويتعين موضع العقد لايفائه لانه مكان وجوب التسليم وان كان مؤجلا ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله إحداهما انه لا بد من بيان مكان الايفاء كما في السلم لان وجوب التسليم الآن عند حلول الاجل ولا يدرى في أى مكان يكون عند ذلك فلا يصح العقد الا ببيان مكان الايفاء وفي الرواية الاخرى يجوز لان البيع في الاصل يوجب تسليم الثمن بنفسه وباعتبار هذا المعنى يتعين موضع العقد للتسليم لان في ذلك امكان وجوب التسليم وانما تأخر بعارض شرط الاجل لان شرط الاجل معتبر في تأخير المطالبة لا في نفي الوجوب فبقي مكان العقد متعينا للتسليم بمقتضى العقد فاما السلم فلا يوجب تسليم المسلم فيه عقيب العقد بحال وانما يوجب ذلك عند سقوط الاجل فلا يتعين مكان العقد فيه للتسليم والاجارة نظير السلم لان مطلق العقد لا يوجب تسليم الاجر عليه عقيبه بحال فلا يتعين موضع العقد لايفائه ولا بد من بيان مكان الايفاء لان بدون بيان المكان تتمكن فيه جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالعقد صحيح هنا كما في السلم الا أن هناك عندهما يتعين موضع العقد للتسليم لان وجوب التسليم فيه بنفس العقد وهنا في اجارة الارض والدار تعين موضع الارض والدار للايفاء لان وجوب الاجر هنا باستيفاء المنفعة لا بنفس العقد والاستيفاء يكون عند الدار فيجب تسلم الاجر في ذلك الموضع وفي الحمولة حيث ماوجب له ذلك وفي العمل بيده حيث يوفيه العمل فان طالبه به في بلد آخر لم يكلف حمله اليه ولكن يستوثق له منه حتى يوفيه في موضعه لانه يطالب بايفاء مالزمه ولم يلزمه الحمل الى مكان آخر ولكن يستوثق منه مراعاة لجانب الطالب وله أن يأخذه في الدراهم والدنانير حيث شاء لانه صار دينا في ذمته وليس له حمل ومؤنة فيطالبه بالايفاء حيثما لقيه والله أعلم

باب السمسار

(قال رحمه الله ذكر حديث قيس بن أبي غرزة الكناني قال كنا نبتاع الاوساق بالمدينة ونسمي أنفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمانا باسم هو أحسن من اسمنا قال صلى الله عليه وسلم يامعشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه

بالصدقة والسمسار اسم لمن يعمل للغير بالاجر بيعا وشراء ومقصوده من ايراد الحديث بيان جواز ذلك ولهذا بين في الباب طريق الجواز ثم ذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم سماهم بما هو أحسن مما كانوا يسمون به أنفسهم وهو الاليق بكرم رسول الله صلى الله عليه وسلم وحسن معاملته مع الناس وانما كان اسم التجار أحسن) لان ذلك يطلق فى العبادات قال الله تعالى هل أدلكم علي تجارة تنجيكم من عذاب اليم وفيه دليل على أن التاجر يندب له الى أن يستكثر من الصدقة لما أشار صلوات الله عليه فى قوله ان البيع يحضره اللغو والحلف معناه أنه قد يبالغ فى وصف سلعته حتى يتكلم بما هو لغو وقد يجازف فى الحلف لترويج سلعته فيندب الى الصدقة ليمحو أثر ذلك كما قال الله تعالي ان الحسنات يذهبن السيئات وقال صلي الله عليه وسلم أتبع السيئة الحسنة تمحها واذا دفع الرجل الي سمسار ألف درهم وقال اشتر بها زطيا لى بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استأجره لعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات ثم استأجره علي عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشراء لا يتم مالم يساعده البائع على البيع وكذلك ان سمى له عدد الثياب أو استأجره لبيع طعام أو شراء طعام وجعل أجره على ذلك من النقود أو غيرها فهذا كله فاسد وكذلك لو شرط له على كل ثوب يشتريه درهما أو على كر من حنطة يبيعه درهما فهو فاسد لما بينا وان استأجره يوما الى الليل بأجر معلوم ليبيع له أو ليشترى له فهذا جائز لان العقد يتناول منافعه هنا وهو معلوم ببيان المدة والاجير قادر على ايفاء المعقود عليه (ألا ترى) انه لو سلم اليه نفسه في جميع اليوم استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الاول فالمعقود عليه هنالك البيع والشراء حتى لا يجب الاجر بتسليم النفس اذا لم يعمل به ثم فيما كان من ذلك فاسداً اذا اشترى وباع فله أجر مثله ولا يجاوز به ماسمى له لانه استوفي المعقود عليه بحكم اجارة فاسدة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أمره بالبيع والشراء ولم يشترط له أجرا فيكون وكيلا معينا له ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الاجر وأبو حنيفة رحمه الله فى هذا لا يخالفهما فان التعويض فى هبة الاعيان مندوب اليه عند الكل فكذلك فى هبة المنافع وقد أحسن اليه بالاعانة وانما جزاء الاحسان الاحسان وان قال بع المتاع ولك الدرهم أو اشتر لى هذا المتاع ولك الدرهم ففعل فله أجر مثله ولا يجاوز به ماسمى لانه استأجره للعمل الذى سماه بدرهم فان جواب الامر بحرف الواو كجواب الشرط بحرف الفاء ولو قال ان بعت هذا

المتاع لى فلك درهم كان استئجارا فكذلك اذا قال بعه ولك درهم ثم قد استوفى المعقود عليه بحكم اجارة فاسدة فيلزمه أجر مثله والله أعلم بالصواب

باب الكفالة بالاجر

(قال رحمه الله ولا تجوز الكفالة والحوالة في جميع الاجارات بالاجرة في عاجلها وآجلها لان الاجرة وان لم تجب بنفس العقد فالسبب الموجب قد وجد والكفالة بعد وجود السبب صحيحة كالكفالة بالدرك وهذا لان المقصود به التوثق وكما يحتاج الي التوثق فيما هو واجب فكذلك فيما هو يعرض الوجوب ثم الكفالة بدين سيجب صحيحة كالكفالة بما يدور له على فلان والرهن بالاجر صحيح لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل الوجوب صحيح فالرهن به كذلك واذا ثبت جواز الرهن به ثبت جواز الكفالة بطريق الاولى ثم يجب على الكفيل نحو ما على المكفول عنه ان لم يشترط خلافه في تعجيل أو تأخير لان الكفالة للضم فتنضم به ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل فيما هو ثابت فيه بصفته ثم الكفيل يلتزم المطالبة التى هى على الاصيل ولهذا لا تصح الكفالة الا بمضمون يطالب به الاصيل وليس للكفيل أن يأخذ المستأجر بالاجر حتى يؤديه ولكنه ان ألزمه به صاحبه فله أن يلزم المكفول عنه حتى يفكه ويؤديه عنه لان ما استوجب الكفيل على الاصيل مؤخر الى وقت أدائه فانه بالكفالة أقرض ذمته من الاصيل فيجب له مثل ما التزمه فى ذمة الاصيل وبالاداء يصير مقرضا ماله منه حين أسقط دين الطالب عنه فيرجع عليه بمثله والحاصل أنه يعامل الاصيل بحسب ما يعامل ان طولب طالب وان لوزم لازم وان حبس حبس وان أدى رجع وان عجل الكفيل الاجر من عنده قبل الوقت الذى يتمكن صاحبه من مطالبة المستأجر لم يرجع به الكفيل على المستأجر حتى يجيء ذلك الوقت لان الكفيل متبرع للاداء قبل حلول الاجل وتبرعه لا يسقط حق الاصيل فى الاجل الذى كان ثابتا له وكما أن الطالب لا يتمكن من الرجوع على الاصيل قبل حلول الأجل فكذلك الكفيل وان اختلفا فى مقدار الاجر فالقول قول المستأجر مع يمينه لانه منكر للزيادة فان أقر الكفيل بفضل على ذلك لزمه من عنده ولم يرجع به عليه لان اقراره حجة عليه دون الاصيل وان أقاموا البينة فالبينة بينة الاجير لاثباته الزيادة وله الخيار فى استيفاء ما أثبته بين أن يطالب به الكفيل أو

الاصيل وان استأجر دارا بثوب بعينه وكفل به رجل فهو جائز لان تسليم العين مستحق على المستأجر بسبب العقد عند استيفاء العمل فانما التزم الكفيل تسليما مستحقا على الاصيل وهو مما تجري فيه النيابة والكفالة بمثله صحيحة عندنا بمنزلة الكفالة بالنفس فان استكمل السكنى وهلك الثوب عند صاحبه برئ الكفيل لان الكفيل التزم تسليم الثوب وقد برئ الاصيل عن تسليم الثوب بالهلاك فيبرأ الكفيل كما لو مات المكفول بنفسه بخلاف الكفالة بالعين المغصوبة فهناك الغاصب لا يبرأ عن تسليم الثوب بالهلاك ولهذا يلزمه قيمته والقيمة تقوم مقام العين وهنا المستأجر برئ عن تسليم الثوب حتى لا تلزمه قيمته ولكن انفسخ العقد بهلاك الثوب قبل التسليم فيلزمه أجر مثل الدار لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد والكفيل ما التزم من أجر مثل الدار شيئا فلهذا برئ من الكفالة وان استأجر الدار بخدمة عبد شهرا وكفل رجل بالخدمة لم يجز لانه التزم ما لا يقدر على ايفائه لخدمة عبد بعينه لا يمكن ايفاؤها من محل آخر وان كفل بنفس العبد فانه يؤخذ به لان تسليم نفس العبد بالعقد يستحق على المؤاجر وهو مما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به ويطالب الكفيل بتسليمه فاذا مضى الشهر وأقر المكفول له انه كان حقه قبل خدمة الشهر الماضي برئ الكفيل من ذلك لان المطالبة بتسليم العبد تسقط عن الاصيل بمضى الشهر وفوات المعقود عليه فبرئ الكفيل وله أجر مثل الدار على المستأجر لان منفعة الدار بقيت مستوفاة وقد انفسخ العقد بفوات ما يقابلها قبل الاستيفاء فيجب رد المستوفى ورد المنفعة برد أجر المثل ولا شئ علي الكفيل من ذلك واذا استأجر محملا أو زاملة الى مكة وكفل بها رجل بالحمولة فهو جائز لانه كفل بما هو مضمون فى ذمة الاصيل وتجرى النيابة فى ايفائه لان الحمولة اذا لم تكن معينة فالكفيل يقدر على ايفائه كما يقدر الاصيل فلهذا يؤخذ الكفيل بالحمولة كما تؤخذ المؤاجر فكذلك اذا استأجر منه ابلا بغير أعيانها يحمل عليها متاعا مسمى الى بلد معلوم وكفل له رجل بالحمولة جاز للمعنى الذى ذكرنا ولو استأجر ابلا باعيانها وكفل رجل بالحمولة لم تجز الكفالة لان الكفيل لا يقدر على ايفاء المكفول به من مال نفسه فان غير ما عين لا يقوم مقام المعين فى الايفاء فهو بمنزلة ما لو كفل بمال بشرط أن يؤدى ذلك من مال نفسه الاصيل وذلك باطل ولو استأجر دارا ليسكنها أو أرضا ليزرعها أو رجلا ليخدمه وكفل له رجل بالوفاء بذلك كله فهو باطل لان الكفيل عاجز عن ايفاء ما التزم بماله ونفسه وبنفس الكفالة

لاتثبت له الولاية على مال الاصيل ليوفى ما التزم منه وكل شيء أبطلنا فيه الكفالة من هذا فالاجارة جائزة نافذة اذا لم تكن الكفالة شرطا فى الاجارة لانهما عقدان مختلفان ففساد أحدهما لايوجب فساد الآخر وان كانت الكفالة شرطا فى الاجارة فعقد الاجارة نظير البيع فى انه يبطل بالشرط الفاسد وان عجل له الاجر وكفل له الكفيل فالاجر ان لم يوفه الخدمة والسكنى والزراعة فهذا جائز لانه كفل بدين مضاف الى سبب وجوبه وان أسلم ثوبا الى خياط ليخيطه له بأجر مسمى واخذ منه كفيلا بالخياطة فهو جائز لانه كفل بمضمون تجرى فيه النيابة فان المستحق على الخياط العمل فى ذمته ان شاء أقامه بنفسه وان شاء أقامه بنائبه فتمكن الكفيل من ايفاء هذا العمل أيضا فلهذا كان لصاحب الثوب أن يطالب أيهما شاء فان خاطه الكفيل رجع على المكفول عنه بأجر مثل ذلك العمل بالغا ما بلغ لانه أوفى عنه ما التزم بأمره فيرجع عليه بمثله ومثل الخياطة أجر المثل وان كان صاحب الثوب اشترط على الخياط أن يخيطه بيده فهذا شرط مفيد معتبرا لتفاوت الناس فى عمل الخياطة واذا ثبت أن المستحق عليه اقامة العمل بيده لم تصح الكفالة له به لان الكفيل عاجز عن ايفائه بنفسه وبالكفالة لاتثبت له الولاية على يد الاصيل ليوفى ماالتزمه بيده فلهذا يطلب الكفالة وكذلك سائر الاعمال والله أعلم

باب اجارة الظئر

(قال رحمه الله الاستئجار للظئورة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والمراد بعد الطلاق وقال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى يعنى باجر وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وكانوا عليه فى الجاهلية وقد استؤجر لارضاع رسول الله صلى الله عليه وسلم حليمة وبالناس اليه حاجة لان الصغار لا يتربون الا بلبن الآدمية والام قد تعجز عن الارضاع لمرض أو موت أو تأبى الارضاع فلا طريق الى تحصيل المقصود سوى استئجار الظئر جوز ذلك للحاجة وزعم بعض المتأخرين رحمهم الله أن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن تبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه هو منفعة الثدى

فمنفعة كل عضو على حسب ما يليق به وهكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وقد ذكر فى الكتاب انها لو ربت الصغير بلبن الانعام لا يستحق الاجر وقد قامت بمصالحه فلو كان اللبن تبعا ولم يكن الاجر بمقابلته لاستوجبت الاجر ثم بدأ الباب بحديث زيد بن على قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يفسد وهو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان اللبن فى حكم جزء من عينها لانه يتولد منها فتؤثر فيه حماقتها ويظهر أثر فى ذلك الرضيع لما للغذاء من الاثر ونظيره ماروى عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال لا ترضع لكم سيئة الخلق واذا استأجر ظئرا ترضع صبيا له سنتين حتى تفطمه باجر معلوم فهو جائز لانه استأجرها بعمل معلوم ببدل معلوم وطعامها وكسوتها على نفسها لانها شرطت عليهم الاجر المسمى بمقابلة عملها فقيما سوى ذلك حالها بعد العقد كما قبل العقد وترضعه فى بيتها ان شاءت وليس عليها أن ترضعه فى بيت أبيه لانها بالعقد التزمت فعل الارضاع وما التزمت المقام في بيتهم وهى تقدر على ايفاء ما التزمت فى بيت نفسها فان اشترطت كسوتها كل سنة ثلاثة أثواب زطية واشترطت عند الفطام دراهم مسماة وقطيفة ومسحا وفراشا فذلك جائز استحسانا عند أبى حنيفة رحمه الله فى هذا الموضع خاصة دون سائر الاجارات وفي قول أبى يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لا يجوز وهو القياس وكذلك ان اشترطت عليهم طعاما فهو على هذا الخلاف * وجه القياس ان هذا عقد اجارة فلا يصح الا باعلام الأجرة كما في سائر الاجارات والطعام مجهول الجنس والمقدار والصفة والكسوة كذلك وهذه الجهالة تمنع صحة التسمية كما فى سائر الاجارات لانها تفضى الي المنازعة فكذلك هنا وهذا قياس يشده الاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فان أقامت العمل فلها أجر مثلها لانها وفت المعقود عليه بحكم عقد فاسد الا أن يسموا لها ثيابا معلومة الجنس والطول والعرض والرقعة ويضربوا لذلك أجلا ويسموا لها كل يوم كيلا من الدقيق معلوما فحينئذ يجوز كما فى سائر الاجارات والبيوع وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف يعنى أجرا علي الارضاع بعد الطلاق (ألا ترى) انه قال وعلى الوارث مثل ذلك وذلك أجر الرضاع لا نفقة النكاح ولان الناس تعارفوا بهذا العقد بهذه الصفة وليس

في عينه نص يبطله وفي النزوع عن هذه العادة حرج لأنهم لايعدون الظئر من أهل بيتهم فالظاهر أنهم يستنكفون عن تقدير طعامها وكسوتها كما يستنكفون عن تقدير طعام الزوجات وكسوتهن ثم انما لم يجوز هذا في سائر الاجارات لتمكن المنازعة في الثاني وذلك لايوجد هنا لانهم لايمنعون الظئر كفايتها من الطعام لان منفعة ذلك ترجع الى ولدهم وربما يكلفونها أن تأكل فوق الشبع ليكثر لبنها وكذلك لايمنعونها كفايتها من الكسوة لكون ولدهم في حجرها ثم أحد العوضين في هذا العقد يتوسع فيه مالا يتوسع في سائر العقود حتى أن اللبن الذي هو عين حقيقة يستحق بهذه الاجارة دون غيرها فكذلك يتوسع في العوض الآخر في هذا العقد مالا يتوسع في غيره واذا جاز العقد عنده كان لها الوسط من المتاع والثياب المسماة لانها لا تستحق ذلك بمطلق التسمية في عقد المعاوضة فينصرف الى الوسط كما في الصداق اذا سمى لها عبدا أو ثوبا هرويا وهذا لان في تعيين الوسط نظراً من الجانبين ولو اشترطوا عليها أن ترضع الصبي في منزلهم فهو جائز كما في سائر الاجارات اذا شرط المستأجر على الاجير اقامة العمل في بيته وهذا لانهم ينتفعون بهذا الشرط فانها تتعاهد الصبي في بيتهم مالا تتعاهده في بيت نفسها وربما لايحتمل قلبهم غيبة الولد عنهما والشرط المفيد في العقد معتبر فان كان لها زوج فاجرت نفسها للظئرة بغير اذنه فللزوج أن يبطل عقد الاجارة قيل هذا اذا كان الزوج مما يشينه أن تكون زوجته ظئرا فلدفع الضرر عن نفسه يكون له أن يفسخ العقد فاما اذا كان ممن لا يشينه ذلك لايكون له أن يفسخ والاصح أن له ذلك في الوجهين لانها ان كانت ترضعه في بيت أبويه فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وان كانت ترضعه في بيت نفسها فللزوج أن يمنعها من ادخال صبي الغير منزله ولانها في الارضاع والسهر بالليل تتعب نفسها وذلك ينقص من جمالها وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها من الاضرار به في حقه كما يمنعها من التطوعات وهذا اذا كان زوجها معروفا فان كان مجهولا لاتعرف أنها امرأته الا بقولها فليس له أن ينقض الاجارة لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في حق من استأجرها ولانه تتمكن تهمة المراضعة مع هذا الرجل بان يقر له بالنكاح ليفسخ الاجارة وهو نظير المنكوحة اذا كانت مجهولة الحال فاقرت بالرق على نفسها فانها لاتصدق في ابطال النكاح فان هلك الصبي بعد سنة فلها أجر مامضى ولها مما اشترطت من الكسوة والدراهم عند الفطام بحساب ذلك لانها أوفت المعقود عليه في المدة الماضية فتقرر حقها فيما

يقابل ذلك من البدل ثم تحقق فوات المقصود فيما بقي فلا يجب مايخصه من البدل ولوضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلى الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة (ألا ترى) أنه ليس لها أن تشغل نفسها في المدة عن رضاع الصبي ولا أن تؤاجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمنه وليس عليها من عمل أبوى الصبي شيء ان كانوها عجنا أو طبخا أو خبزا لانها التزمت بالعقد الظؤرة وهذه الاعمال لاتتصل بالظؤرة فلا يلزمها الا أن تتطوع به فأما عمل الصبي وغسل ثيابه وما يصلحه مما يعالج به الصبيان من الدهن والريحان فهو على الظئر لان هذا من عمل الظؤرة وان كان الصبي يأكل الطعام فليس على الظئر أن تشترى له الطعام لانها التزمت تربيته بلبنها دون الطعام ولكن ذلك كله على أهله وعليها أن تهيأه له لان ذلك من عمل الظؤرة فقد جعل الدهن والريحان عليها بخلاف الطعام وهذا بناء على عادة أهل الكوفة والمرجع في ذلك الى العرف في كل موضع وهو أصل كبير في الاجارة فان ما يكون من التوابع غير مشروط في العقد يعتبر فيه العرف في كل بلدة حتى قال في استئجار اللبان إن الزنبيل والملبن على صاحب اللبن بناء على عرفهم والسلك والابرة على الخياط باعتبار العرف والدقيق على صاحب الثوب دون الحائك فان كان عرف أهل البلدة بخلاف ذلك فهو على ما يتعارفون وحثي التراب على الحفار في القبر باعتبار العرف واخراج الخبز من التنور على الخباز وغرف المرقة في القصاع على الطباخ اذا استأجر لطبخ عرس وان استؤجر لطبخ قدر خاص فليس ذلك عليه لانعدام العرف فيه وادخال الحمل المنزل على الحمال اذا حمله على ظهره وليس عليه أن يصعد به على السطح أو الغرفة للعرف واذا استأجر دابة ليحمل عليها حملا الى منزله فانزال الحمل عن ظهر الدابة على المكارى وفي ادخاله المنزل يعتبر العرف والاكاف على صاحب الدابة وفي الجواليف والحبل يعتبر العرف وكذلك في السرج واللجام يعتبر العرف فهو الاصل أما التوابع التى لاتشترط عند العقد يعتبر العرف فيها وبه يفصل عند المنازعة واذا أراد أهل الصبي أن يخرجوا الظئر قبل الاجل فليس لهم ذلك الا من عذر لان العقد لازم من الجانبين الا أن الاجارة تنفسخ بالعذر عندنا على مانبينه في بابه ثم العذر لهم في ذلك أن لا يأخذ الصبي من لبنها فيفوت به ماهو المقصود ولا عذر أبين من ذلك وكذلك اذا تقايأ لبنها لان ذلك يضر بالصبي عادة

فالحاجة الى دفع الضرر عنه عذر فى فسخ الاجارة وكذلك اذا حبلت لان لبنها يفسد بذلك ويضر بالصبي فاذا خافوا على الصبي من ذلك كان لهم عـذر وكذلك ان كانت سارقة فانهم يخافون على متاعهم ان كانت في بيتهم وعلى متاع الصبي وحليته اذا كان معها وكذلك ان كانت فاجرة بينـة فجورها فيخافون على أنفسهم فهذا عـذر لانها تشتغل بالفجور وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها وهذا بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي ولا يبعد أن يقال عيب الفجور فى هذا فوق عيب الكفر (ألا ترى) انه قد كان فى بعض نساء الرسل كافرة كامرأة نوح ولوط عليهما السلام وما بغت امرأة نبي قط هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك اذا أرادوا سفراً فتأبى أن تخرج معهم فهذا عذر لانه لا يتعذر الخروج للسفر عند الحاجة لما عليهم من ذلك من الضرر ولا تجبر هى على الخروج معهم لانها ما التزمت تحمل ضرر السفر ولا يمكنهم ترك الصبي عندها لان غيبتهم عن الولد توحشهم فلدفع الضرر يكون لهم أن يفسخوا الاجارة وليس للظئر أن تخرج من عندهم الا من عـذر وعذرها من مرض يصيبها لا تستطيع معه الرضاع لانها تتضرر بذلك وربما يصيبها بانضمام تعب الرضاع الى المرض ولهم أن يخرجوها اذا مرضت لانها تعجز بالمرض عما هو مقصودهم وهو الارضاع فربما يقل بسببه لبنها أو يفسد وكذلك ان لم يكن زوجها سلم الاجارة فله أن يخرجها لما بينا وكذلك ان لم تـكن معروفة بالظئورة فلها أن تفسخ لانها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبتلي به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك تضررت ولانها تعيرت من هذا العمل على ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بثديها وما كانت تعرف ما يلحقها من الذل اذا لم تكن معروفة بذلك فاذا عملت كان لها أن تفسخ العقد وان كان أهل الصبي يؤذونها بالسنتهم كفوا لان ذلك ظلم منهم والكف عن الظلم واجب وان ساؤا أخلاقهم معها كفوا عنها لان سوء الخلق مـذموم فاذا لم يكفوا عنها كان لها أن تخرج لانها تتضرر بالصبر على الاذي وسوء الخلق ولو كان زوجها قد سلم الاجارة فارادوا منعه من غشيانها مخافة الحبل وأن يضر ذلك بالصبي فلهم أن يمنعوه ذلك في منزلهم لان المنزل لهم فلا يكون له أن يدخله الا باذنهم وان لقيها فى منزله فله أن يغشاها لان ذلك مسـتحق له بالنـكاح وبتسليم الاجارة لا يسقط حقـه عما كان مستحقا له فلا تستطيع الظئر أن تمنع نفسها ولا يسع أهل الصبي أن يمنعوها عن ذلك ولا يسع الظئر أن تطعم أحدا من طعامهم بغير أمرهم

لانها فى ذلك كغيرها من الاجنبيات فان زارها أحد من ولدها فلهم أن يمنعوه من الكينونة عندها لان المنزل لهم ولهم أن يمنعوها من الزيارة اذا كانت تضر بالصبي دفعا للضرر عنه لانها قد التزمت ما يرجع الى اصلاح الصبي ودفع الضرر عنه وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس لهم منعها لانها حرة مالكة أمر نفسها فيما وراء ما التزمت لهم ويجوز للأمة التاجرة أن تؤاجر نفسها ظئرا كما أن لها أن تؤاجر نفسها لعمل آخر لان رأس مالها بتجارتها منافعها وكذلك المكاتبة وكذلك العبد التاجر أو المكاتب يؤاجر أمته ظئرا أو يستأجر ظئرا لصبي له لان الاجارة من عقود التجارات ولان التدبير فيما يرجع الى اصلاح كسبه اليه فكما يشترى لصبي له طعاما فكذلك يستأجر له الظئر لترضعه وكما يبيع أمته فكذلك له أن يؤاجرها فان رد فى الرق بعد الاستئجار انتقضت الاجارة فان كان هو أجر أمته لم تنتقض الاجارة فى قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد تنتقض وجه قول محمد رحمه الله ان المنافع بالاجارة استحقت علي المكاتب وبعجزه بطل حقه وصار الحق في المنافع للمولى فتبطل الاجارة كما لو مات وهذا لان المكاتب صار بمنزلة الحر فى ملك التصرف والكسب حتى يختص هو بالتصرف دون المولى فعجزه يكون ناقلا الحق منه الى المولى بمنزلة موت الحر وبهذا الطريق يبطل استئجاره وبه فارق العبد المأذون فان الكسب كان مملوكا للمولى وكان متمكنا من التصرف فيه فالحجر عليه لا يكون ناقلا الحق الى مولاه (ألا ترى) أن استئجاره لا يبطل فكذلك اجارته وهذا بخلاف ما اذا أعتق المكاتب لان بالعتق يتقرر حقه في ملك الكسب والتصرف * والدليل علي الفرق أن المكاتب اذا استبرأ أمته ثم عتق فليس عليه استبراء جديد ولو عجز كان علي المولى فيها استبراء جديد وان المكاتب لو اشترى قريب نفسه من والد أو ولد امتنع بيعه ولو اشترى قريب المولى لا يمتنع عليه بيعه وأنه يجوز دفع الزكاة الى المكاتب وان كان مولاه غنيا فعرفنا ان الكسب له ما دام مكاتبا فبالعجز ينتقل الي مولاه والدليل عليه أنه لو مات عاجزا بطلت الاجارة فكذلك اذا عجز وأبو يوسف رحمه الله يقول بعجزه انقلب حق الملك حقيقة الملك فلا تبطل الاجارة كما اذا عتق * وتقريره أن الكسب دائر بين المكاتب والمولى لكل واحد منهما فيه حق الملك لا حقيقة الملك ولهذا لو اشتري المكاتب امرأة مولاه أو امرأة نفسه لا يفسد النكاح ولو تزوج المولى أمة من كسب مكاتبه لم يجز كما لو تزوج المكاتب أمة من كسبه فعرفنا أن لكل واحد منهما حق الملك وجانب المولى فى حقيقة الملك يترجح علي جانب المكاتب لانه أهل لذلك

والمكاتب ليس بأهل ولو أدى مكاتب المكاتب البدل كان الولاء لمولى الأول ولو أعتق المولى من يكاتب على المكاتب من أقربائه نفذ عتقه فيه ولا ينفذ عتق المكاتب فعرفنا أن في حقيقة الملك يترجح جانب المولى ثم اذا تحقق الملك للمكاتب بالعتق لا تبطل الاجارة فاذا تحقق للمولى بالعجز أولى وهذا لانه لم يتبدل من استحق عليه المنفعة بعقد الاجارة بخلاف ما اذا مات الحر وقد قيل الاستئجار على الخلاف أيضا والأصح ان أبا يوسف رحمه الله يفرق بينهما فيقول استئجار المكاتب كان لحاجته دون حاجة مولاه وقد سقطت حاجته بعجزه فاما إجارته كانت لتحصيل الاجرة وفيه حق للمولى كما للمكاتب فبعجزه لا ينعدم ما لاجله لزمت الاجارة ثم يسلم ان المكاتب منفرد بالتصرف لان المولى حجر على نفسه من التصرف في كسبه ولكن بطلان الاجارة باعتبار انتقال الملك دون تبدل المتصرف (ألا ترى) ان العبد المأذون المديون يتصرف فى كسبه دون المولى ثم بالحجر وسقوط الدين يتبدل المتصرف ولا تبطل به الاجارة لانعدام انتقال الملك وكذلك لا يبطل الاستئجار هناك لانها وقعت لحاجة المولى فهو أحق بكسبه إذا قضى الدين من موضع آخر فيما يرجع الى اصلاح ملكه يكون من حاجته والصحيح أنه اذا مات المكاتب عاجزا فالاجارة لا تنفسخ عند أبي يوسف رحمه الله كالوعجز فى حياته فأما فصل الاستبراء فذلك يبنى على ملك اليد والتصرف دون حقيقة الملك (ألا ترى) ان المبيعة اذا حاضت قبل القبض فليس للمشترى أن يجتزئ بتلك الحيضة ونحن نسلم أن ملك اليد والتصرف للمكاتب وكذلك امتناع البيع يبنى على ملك اليد والتصرف للمكاتب فان المكاتب لما كان يملك الكتابة فى كسبه يتكاتب عليه قريبه ولما كان لا يملك العتق فى كسبه لا يعتق عليه قريبه فاما المولى لا يملك الكتابة فى كسبه ولا العتق فلهذا لا يتكاتب قريب المولى اذا اشتراه المكاتب وكذلك حل الصدقة يبنى على انعدام ملك اليد والتصرف (ألا ترى) أن ابن السبيل يحل له أخذ الصدقة والمولى وان كان غنيا فلا يد له فى كسب المكاتب فلهذا جاز صرف الزكاة الى مكاتب الغني فاما بطلان الاجارة ينبنى على انتقال ملك العين من المؤاجر الى غيره كما قررنا فان مات أب الصبي الحر لم تنتقض اجارة الظئر لانها وقعت لحاجة الصبي والاب فيه كالنائب عنه ولهذا يؤدى الاجر من مال الصبي اذا كان له مال وأجر الظئر بعد موت الاب فى ميراث الصبي لانه ماله ولو كان له في حياة أبيه مال كان للأب أن يؤدى أجر الظئر منه فكذلك يؤدى معنى ميراثه بعده ولو استأجروها أن

ترضع صبيين لهم كل شهر بكذا فمات أحدهما رفع عنهم نصف الاجر لان جميع الاجر بمقابلة ارضاع الصبيين فيتوزع عليهما نصفين لان التفاوت يقل فى عمل الارضاع أو ينعدم وقد بطل العقد فى حق الميت منهما فلهذا يرفع عنهم نصف الاجر ولو استأجروا ظئرين يرضعان صبيا واحدا فذلك جائز ويتوزع الاجر بينهما على لبنهما فان كان لبنهما واحدا فالاجر بينهما نصفان وان كان متفاوتا فبحسب ذلك وبهذا تبين أن المعقود عليه اللبن وأن البدل بمقابلته فان ماتت احداهما بطل العقد فى حقها لفوات المعقود عليه وللأخرى حصتها من الاجر ولا يجوز بيع لبن بنى آدم على وجه من الوجوه عندنا ولا يضمن متلفه أيضا وقال الشافعى رحمه الله يجوز بيعه ويضمن متلفه لان هذا لبن طاهر أو مشروب طاهر كلبن الانعام ولانه غذاء للعالم فيجوز بيعه كسائر الاغذية وبهذا يتبين أنه مال متقوم فان المالية والتقوم بكون العين منتفعا به شرعا وعرفا والدليل عليه أنه عين يجوز استحقاقه بعقد الاجارة فيجوز بيعه ويكون مالا متقوما كالصبغ فى عمل الصباغة والحبر في الوراقة والحرض والصابون في غسيل الثياب بل أولى لان العين للبيع أقبل منه للاجارة (وحجتنا) فى ذلك أن لبن الآدمية ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه كالبزاق والمخاط والعرق وبيان الوصف أن المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو غيرنا فاما الآدمى خلق مالكا للمال وبين كونه مالا وبين كونه مالكا للمال منافاة واليه أشار الله تعالى فى قوله وهو الذى خلق لكم ما في الارض جميعا ثم لاجزاء الآدمى من الحكم مالعينه (ألا ترى) أن شعر الآدمى لا ينتفع به اكراما للآدمى بخلاف سائر الحيوانات وأن غائط الآدمى يدفن وما ينفصل من سائر الحيوانات ينتفع به واللبن جزء متولد من عين الآدمى (ألا ترى) أن الحرمة تثبت باعتباره وهى حرمة الرضاع كما تثبت حرمة المصاهرة بالماء الذى هو أصل الآدمى والمتولد من الاصل يكون بصفة الاصل فاذا لم يكن الآدمى مالا فى الاصل فكذلك ما يتولد منه من اللبن بمنزلة الولد (ألا ترى) أن ولد الاضحية يثبت فيه الحكم تبعا وأن لبن الاضحية اذا حلبت يتصدق به ولهذا روى عن أبى يوسف رحمه الله قال يجوز بيع لبن الامة دون لبن الحرة اعتبارا للبن بالولد ولكن هذا ليس بقوى لان جواز بيع الولد بصفة الرق فاما الآدمى بدون هذا الوصف لا يكون محلا للبيع ولا رق فى اللبن لان الرق فيما تحله الحياة فانه عبارة عن الضعف ولا حياة فى اللبن والدليل عليه أن الصحابة رضوان الله عليهم في المغرور لم يوجبوا قيمة اللبن فلو كان اللبن مالا

متقوما كان ذلك للمستحق وكان له القيمة للاتلاف في يد المغرور ولا يدخل على شئ مما ذكر المنافع فانها تقبل العقد من الحر لان المنافع لا تتولد من العين ولكنها أعراض تحدث في العين شيئا فشيئا فكانت غير الآدمى ثم نحن نجعل اللبن كالمنفعة الا أن عندنا المنفعة لا تضمن بالاتلاف وتستحق بالاجارة دون البيع فكذلك لبن الآدمى وبهذا تبين أن اللبن ليس بمال متقوم مقصود لانه عين والعين الذي هو مال مقصود لا يستحق بالاجارة كلبن الانعام بخلاف الصبغ فصاحب الثوب هناك لا يستحق بالاجارة عين الصبغ بل ما يحدث في الثوب من اللون وكذلك الخبز وكذلك الحرض والصابون المستحق لصاحب الثوب ازالة الدرن والوسخ عن الثوب حتى أن القصار باى شئ أزال ذلك استحق الأجر وهنا المستحق بالاجارة عين اللبن حتى لو ربت الصبي بلبن الانعام لا تستحق الاجر ولا نسلم أن اللبن غذاء على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة ولا يدل على أنها مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يملك بالعقد للحاجة الى اقتضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لا يدل على أنه مال متقوم مع أن الغذاء ما في الثدى من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق فاما المحلوب في القوارير قل ما يحصل به غذاء الصبي وفي تجويز ذلك فساد لانه يؤجر به الصبيان فتثبت به حرمة الرضاع بينهم وبين من كان اللبن منها ولا يعلم ذلك فان قيل سائر اجزاء الآدمى متقوم حتى يضمن بالاتلاف فكذلك هذا الجزء قلنا قد بينا أن الآدمى في الاصل ليس بمال متقوم ولا نقول يضمن بالاتلاف اجزاء الآدمى بل يجب الضمان بالنقصان المتمكن في الاصل حتى لو اندملت الجراحة بالبرء و نبتت السن بعد القلع لا يجب شئ لانه لا نقصان في الاصل فكذلك الاتلاف في اللبن لا يتمكن نقصان في الاصل ولهذا لا يجب الضمان فان قيل لا كذلك فالمستوفى بالوطئ في حكم جزء لم يضمن بالاتلاف عند الشبهة وان لم يتمكن نقصان في الاصل قلنا المستوفي بالوطى في حكم النفس من وجه ولهذا لا يعجل البدل في اسقاط الواجب باتلافه واللبن ليس نظيره (ألا ترى) أنه لا يضمن بالاتلاف بعد البدل ومثله لا يضمن اذا لم يكن متقوما وقد بينا أنه ليس بمال متقوم ولا بأس بان يستعط الرجل بلبن المرأة ويشربه للدواء لانه موضع الحاجة والضرورة ولو أصاب ثوبا لم ينجسه لان الآدمى طاهر في الاصل فما تولد منه يكون طاهرا الا ما قام الدليل الشرعي على نجاسته (ألا ترى) أن عرقه

وبزاقه يكون طاهرا ولان المنفصل من اجزاء الحى انما يتنجس باعتبار الموت ولا حياة في اللبن ولا يحله الموت ولان المستحيل من الغذاء الي فساد ونتن رائحة يكون نجسا واللبن ليس بهذه الصفة فلهذا كان طاهرا وان أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع لهم صبيا ولا يعلم أهلها الاولون بذلك فارضعت حتى فرغت فانها قد أثمت وهذه جناية منها لان منافعها صارت مستحقة للأولين فانها بمنزلة الاجير الخاص فصرف تلك المنافع الى الآخرين يكون جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين لانها حصلت مقصود الفريقين ولا تتصدق بشئ منه لان ما أخذت من كل فريق انما أخذته عوضا عن ملكها فان منافعها مملوكة لها ولا بأس بأن يستأجر المسلم الظئر الكافرة أو التى قد ولدت من الفجور لان خبث الكفر في اعتقادها دون لبنها والانبياء عليهم السلام والرسل صلوات الله عليهم فيهم من أرضع بلبن الكوافر وكذلك فجورها لا يؤثر فى لبنها فان استأجرها ترضع صبيا له فى بيتها فدفعته الى خادمها فأرضعته حتى انقضي الاجل ولم ترضعه بنفسها فلها أجرها لانها التزمت فعل الارضاع فلا يتعين عليها مباشرته بنفسها فسواء أقامت بنفسها أو بخادمها فقد حصل مقصود أهل الصبي وكذلك لو أرضعته حولا ثم يبس لبنها فارضعت خادمها حولا آخر فلها الاجر كاملا وكذلك لو كانت ترضعه هي وخادمها فلها الاجر تاما ولا شيء لخادمها لان المنافع لا تتقوم الا بالتسمية ففيما زاد على المشروط لا تسمية في حقها ولا في حق خادمها ولو يبس لبنها فاستأجرت له ظئرا كان عليه الاجر المشروط ولها الاجر كاملا استحسانا وفى القياس لا أجر لها لانها بمنزلة أجير الخاص وليس للأجير الخاص أن يستأجر غيره لاقامة العمل وفى الاستحسان لها الاجر لان المقصود تربية الصبي بلبن الجنس وقد حصل ولان مدة الرضاع تطول فلما استأجروها مع علمهم انها قد تمرض أو ييبس لبنها فى بعض المدة فقد رضوا منها بالاستئجار لتحصيل مقصودهم وتتصدق بالفضل لان هذا ربح حصل لا على ضمانها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن واذا استأجر امرأته على ارضاع ولده منها فلا أجر لها عندنا وقال الشافعى رحمه الله لها الاجر لانه استأجرها لعمل غير مستحق عليها بالنكاح حتى لا تطالب به ولا تجبر عليه اذا امتنعت فيصح الاستئجار كالخياطة وغيرها من الاعمال والنفقة مستحقة لها بالنكاح لا بمقابلة الارضاع بدليل انها وان أبت الارضاع كان لها النفقة فهو نظير نفقة الاقارب لا تكون مانعة من صحة الاستئجار علي الارضاع (وحجتنا) فى ذلك قوله

تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين معناه ليرضعن فهو أمر بصيغة الخبر والأمر يفيد الوجوب فظاهره يقتضي أن يكون الارضاع واجبا عليها شرعا والاستئجار علي مثل هذا العمل لايجوز واليه أشار النبي صلي الله عليه وسلم بقوله مثل الذين يغزون من أمتي ويأخذون الأجر كمثل أم موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها وتأخذ الأجر من فرعون ثم قال الله تعالى وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمراد النفقة في هذا العطف اشارة إلى أن النفقة لها بمقابلة الارضاع وقد دل عليه قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والمراد مايكون بمقابلة الارضاع فاذا استوجب عوضا بمقابلة الارضاع لايستوجب عوضا آخر بالشرط والمعنى فيه أن هذا العمل مستحق عليها دينا وان لم يكن مستحقا عليها دينا فانها تطالب به فتوى ولا تجبر عليه كرها والاستئجار علي مثله لايجوز كالاستئجار على كنس البيت والتقبيل واللمس وما أشبه ذلك وهذا لان بعقد النكاح يثبت الاتحاد بينهما فيما هو المقصود من النكاح والولد مقصود بالنكاح فكانت هي في الارضاع عاملة لنفسها معنى فلا تستوجب الاجر علي الزوج بالشرط كما في التقبيل واللمس والمجامعة وهكذا نقول في سائر أعمال البيت من الطبخ والخبز والغسل وما يرجع منفعته اليهما فهو لا يستوجب عليه الاجر بالشرط وما يكون لتجارة الزوج فهو ليس بمستحق عليها دينا ولا يرجع منفعته اليها وكذلك لو استأجرها بعد الطلاق الرجعي لان النكاح باق بينهما بابقاء العدة فمعنى الاتحاد قائم فاما بعد انقضاء العدة الاستئجار صحيح لانها صارت أجنبية منه وارضاع الولد علي الاب كنفقته بعد الفطام وكذلك في العدة من طلاق بائن لو استأجرها جاز عندنا وعند الحسن بن زياد رحمه الله لايجوز لانها في نفقته فكانت هذه الحال كما قبل الطلاق ولكنا نقول معنى الاتحاد الذى كان بالنكاح قد زال بالطلاق البائن والارضاع بعد هذا لايكون مستحقا عليها دينا بمنزلة سائر أعمال البيت فيجوز استئجارها عليه وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله أنه كان للرضيع مال استأجرها في حال قيام النكاح بمال الرضيع يجوز لان نفقتها ليس في مال الرضيع فيجوز أن يستوجب الاجر في ماله بمقابلة الارضاع بالشرط بخلاف مال الزوج فان نفقتها عليه وهو انما التزم نفقتها لهذه الاعمال فلا تستوجب عليه عوضا آخر وكذلك اذا استأجر خادمها لذلك لان منفعة خادمها ملكها وبدلها كمنفعة نفسها وان استأجر مكاتبها كان لها الاجر لان المكاتبة كالحرة في منافعها ومكاسبها يوضحه أنه كما تجب على الزوج نفقتها تجب نفقة خادمها ولا تجب عليه نفقة مكاتبتها ولو

استأجرها ترضع صبيا له من غيرها جاز وعليه الاجر لان هذا العمل غير مستحق عليها دينا حتى لا تؤمر به فتوى وهو ليس من مقاصد النكاح القائم بينهما بخلاف ولده منها ولو استأجر أمه أو ابنته أو اخته ترضع صبياله كان جائزا وعليه الاجر وكذلك كل ذات رحم محرم منه لان الارضاع غير مستحق على واحدة دينا حتى لا تؤمر به فتوى فيجوز استئجارها. عليه فان استأجرها ثم أبت بعد ذلك وقد ألفها الصبي لا يأخذ الا منها فان كانت معروفة بذلك لم يكن لها أن تترك الاجارة الا من عذر وان كانت لا تعرف بذلك فلها أن تأبى وقد بينا هذا في الاجنبيات أنها اذا لم تعرف بذلك العمل فانما تأبى لدفع الضرر عن نفسها فيكون ذلك عذرا لها فكذلك في المحارم ولو استأجر ظئرا لترضع له صبيا في بيتها فجعلت توجر لبن الغنم وتغدوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن أو ليس لها لبن فلا أجر لها لان البدل بمقابلة الارضاع وهي لم ترضعه الا انما سقته لبن الغنم ولان مقصودهم عمل مصلح للصبي وما أتت به مفسد فالآدمي لا يتربى تربية صالحة الا بلبن الجنس وان جحدت ذلك وقالت قد أرضعته فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر شاهد لها فصلاح الولد دليل على أنها أرضعته لبن الآدمية وان أقام أهل الصبي البينة على ما ادعوا فلا أجر لها لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان أقاموا جميعا البينة أخذت بينتها لانها تثبت الاجر دينا في ذمة من استأجرها ويثبت ايفاء العمل المشروط والمثبت من البينتين يترجح على النافي واذا التقط الرجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فهو جائز لانه هو الذي يقوم باصلاحه واستئجار الظئر من اصلاحه وعليه الأجر لانه التزمه بالعقد وهو متطوع في ذلك لانه لا ولاية له عليه في الزام الدين في ذمة اللقيط وكل يتيم ليس له أم لترضعه فعلى أوليائه كل ذي رحم محرم ان يستأجروا له ظئرا على قدر مواريثهم لان أجر الظئر كالنفقة بعد الفطام والنفقة عليهم بقدر الميراث كما قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قوله وليس له أم ترضعه اشارة الي أن الارضاع عليها اذا كانت حية ولها لبن دون سائر الاقارب لانها مؤسرة في حكم الارضاع وسائر القرابات بمنزلة المعسر في ذلك فكان عليها دونهم بخلاف النفقة فان كان لا ولي له فاجرة الظئر على بيت المال بمنزلة نفقته بعد الفطام والله أعلم

باب اجارة الدور والبيوت

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل من الرجل دارا سنة بكذا ولم يسم الذي يريدها

له فهو جائز) لان المقصود معلوم بالعرف فانما يستأجر الدار للسكنى ويبنى لذلك (ألا ترى) انها تسمى مسكنا والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص وله أن يسكنها ويسكنها من شاء لان السكنى لاتتفاوت فيها الناس ولان سكناه لاتكون الا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبي وكثرة المساكن في الدار لاتضر بها بل تزيد في عمارتها لان خراب المسكن بان لا يسكنه أحد وله أن يضع فيها مابدا له من الثياب والمتاع والحيوان لان سكناه لاتتم الا بذلك فان ذلك معلوم بالعرف ويعمل فيها مابدا له من الاعمال يعني الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ونحو ذلك لان سكناه لا تخلو عن هذه الاعمال عادة فهي من توابع السكنى والمعتاد منه لايضر بالبناء ماخلا الرحا ان ينصب فيه أو الحداد أو القصار فان هذا يضر بالبناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب البيت ويشترط عليه في الاجارة والمراد رحا الماء اورحا الثور فاما رحا اليد فلا يمنع من أن ينصبه فيه لان هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى في العادة والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقا للمستأجر بمطلق العقد الا أن يشترطه ومالا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد لان السكنى التي لاتوهن البناء بمنزلة صفة السلامة في المبيع فيستحقه بمطلق العقد ومايوهن البناء بمنزلة صفة الجودة أو الكتبة أو الخبز في المبيع فلا يصير مستحقا الا بالشرط وعلى هذا كسر الحطب القدر المعتاد منه لايوهن البناء فان زاد على ذلك وكان بحيث يوهن البناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب الدار وان استأجرها للسكنى كل شهر بكذا فله أن يربط فيه دابته وبعيره وشاته وهذا اذا كان في الدار موضع معد لذلك وهو المربط فان لم يكن فليس له اتخاذ المربط في ديارنا لان المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب فيها وانما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة لما في المنازل بها من السعة وله أن يسكنها من أحب لانه قد يأتيه ضيف فيسكن معه أياما وقد يحتاج الى أن يسكنها صديقا له بأجر أو بغير أجر وقد بينا أن ذلك لا يضر بالبناء فلا يمنع منه فان أجرها باكثر مما استأجرها به تصدق بالفضل الا أن يكون أصلح منها بناء أو زاد فيها شيئا فحينئذ يطيب له الفضل وعلى قول الشافعي رحمه الله يطيب له الفضل على كل حال بناء على أصله أن المنافع كالاعيان الموجودة حكما فتصير مملوكة له بالعقد مسلمة اليه بتسليم الدار فكان بمنزلة من اشترى شيئا وقبضه ثم باعه وربح فيه فالربح يطيب له لانه ربح على ملك حلال له ولكنا نقول المنافع لم تدخل في ضمانه وان قبض الدار بدليل أنها

لو انهدمت لم يلزمه الاجر فهذا ربح حصل لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن ثم المنافع في حكم الاعتياض انما يأخذ حكم المالية والتقوم بالتسمية بدليل ان المستعير لا يؤاجر وهو مالك للمنفعة فان المعير يقول له ملكتك منفعتها وجعلت لك منفعتها ولو أضاف الاعارة الى مابعد الموت يثبت ملك المنفعة للموصى له فكذلك اذا أوجبها له في حياته ومع ذلك لا يؤاجر لانه ليس بمقابلتها تسمية فكذلك هنا وفيما زاد على المسمى في العقد الاول لا تسمية بمقابلة المنفعة في قصده فلا يكون له أن يستفضل وبهذا تبين أنها ليست كالعين فان من يملك العين بالهبة يجوز له أخذ العوض بالبيع الا أن يكون زاد فيه شيئا فحينئذ يجعل الفضل بمقابلة تلك الزيادة فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك اذا أجره بجنس آخر لان الفضل عند اختلاف الجنس لا يظهر الا بالتقوم والعقد لا يوجب ذلك فاما عند اتحاد الجنس يعود اليه ماغرم فيه بعينه ويتيقن بالفضل فعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث بمنزلة المستعير اذا أجر فعليه أن يتصدق بالاجر وان كان استأجرها كل شهر فلكل واحد منهما أن ينقض الاجارة عند رأس الشهر لان كلمة كل متى أضيفت الى مالا يعلم منتهاه تتناول الادنى فانما لزم العقد في شهر واحد فاذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة فان سكنها من الشهر الثاني يوما أو يومين لم يكن لكل واحد منهما أن يترك الاجارة الى تمام الشهر الا من عذر لان التراضي منهما بالعقد في الشهر الثاني يتم اذا سكنها يوما أو يومين فيلزم العقد فيه بتراضيهما كما لزم في الشهر الاول وفي ظاهر الرواية الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها لان ذلك رأس الشهر وبعض المتأخرين رحمهم الله يقول الخيار لكل واحد منهما حين يهل الهلال حتى اذا مضى ساعة فالعقد يلزمهما وهذا هو القياس ولكنه فيه نوع حرج فلدفع الحرج قال الخيار لكل واحد منهما في اليوم الاول من الشهر واذا استأجرها كل شهر بكذا ولم يسم أول الشهر فهو من الوقت الذي استأجرها عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الاستئجار الا أن يتصل ابتداء المدة بالعقد ولا يتصل الا بالشرط لانه اذا أطلق ذكر الشهر فليس بعض الشهور لتعيينه للعقد باولى من بعض وجهالة المدة مفسدة لعقد الاجارة وهذا لانه نكر الشهر والشهر المتصل بالعقد معين فلا يتعين باسم النكرة (ألا ترى) انه لو قال لله علي أن أصوم شهراً لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه ولكنا نقول الاوقات كلها في حكم الاجارة سواء وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الآجال

والايمان اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا وهذا لان التأخير عن السبب الموجب لا يكون الا بمؤخر والمؤخر ينعدم فيما تستوى فيه الاوقات بخلاف الصوم فانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى أن الليل لا يصلح لذلك وكذلك يوم العيدين وأيام التشريق * يوضحه أن الشروع فى الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب فأما دخول المنفعة في العقد لا يستدعى معنى من جهته سوي العقد فما يحدث بعد العقد يكون داخلا في العقد الا ان يمنع منه مانع ثم ان كان العقد فى اليوم الاول من الشهر فله شهر بالهلال تم أو نقص وان كان ذلك اليوم فى بعض الشهر فله ثلاثون يوما لان الاهلة أصل فى الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة والايام تدل علي الاهلة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا شعبان ثلاثين يوما وانما يصار الي البدل اذا تعذر اعتبار الاصل فان كان استأجرها شهرا حين أهل الهلال فاعتبار الاصل هنا ممكن فكان له أن يسكنها الى أن يهل الهلال من الشهر الداخل واذا كان فى بعض الشهر فقد تعذر اعتباره بالاهلة فيعتبر بالايام ثلاثين يوما وان استأجرها أكثر من شهر فالمذهب عندنا أنه اذا استأجرها مدة معلومة صح الاستئجار طالت أو قصرت وفي قول الشافعى رحمه الله لا يجوز الاستئجار أكثر من سنة واحدة وفى قول آخر يجوز الى ثلاثين سنة ولا يجوز أكثر من ذلك وفى قول آخر يجوز أبدا وجه قوله الاول أن جواز الاستئجار للحاجة والحاجة فى بعض الاشياء لا تتم الا بسنة كما فى الاراضي ونحوها وفيما وراء ذلك لا حاجة وعلى القول الثانى يقول العادة أن الانسان قلما يسكن بالاجارة أكثر من ثلاثين سنة فانه يتخذ المسكن ملكا اذا كان قصده الزيادة على ذلك وعلى القول الآخر يقول المنافع كالاعيان القائمة فالعقد على العين يجوز من غير التوقيت فكذلك العقد على المنفعة * وحجتنا فى ذلك أن اعلام المعقود عليه لا بد منه والمنفعة لا تصير معلومة الا ببيان المدة فانها تحدث شيئا فشيئا فكانت المدة للمنفعة فالكيل والوزن فيما هو مقدر فكما لا يصير المقدار هناك معلوما الا بذكر الكيل والوزن لا يصير المقدار هنا معلوما الا بذكر المدة وبعد اعلام المدة العقد جائز قل المعقود عليه أو كثر وقد دل على جواز الاستئجار أكثر من سنة قوله تعالى على أن تأجرنى ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك ولان كل مدة تصلح أجلا للبيع فانها تصلح مشروطة فى عقد الاجارة كالسنة وما دونها والمعنى فيه وهو أن الشرط الاعلام فيها على وجه لا يبقى بينهما منازعة فان استأجرها

سنة مستقبلة وذلك حين يهل الهلال تعتبر سنة بالاهلة اثنى عشر شهرا وان كان ذلك في بعض الشهر يعتبر سنة بالايام ثلثمائة وستين يوما فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله وعند محمد يعتبر شهرا بالايام واحدى عشر شهرا بالاهلة وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله ووجه هذا القول أن الاهلة أصل والايام بدل ففى الشهر الواحد تقدر الاهلة وفى احدى عشر شهرا اعتبار ما هو أصل ممكن فلا معنى للمصير الى البدل وجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن ابتداء المدة معتبر بالايام بالاتفاق فكذلك جميع المدة لان ثبوت الكل بتسمية واحدة وهذا لانه مالم يتم الشهر الاول لايدخل الشهر الثانى فاذا كان ابتداء الشهر الاول فى بعض فتمامه فى بعض الشهر الداخل أيضا وانما يدخل الشهر الثانى فى بعض الشهر فيجب اعتباره بالايام وكذلك فى كل شهر وقد ذكر فى كتاب الطلاق فى باب العدة أنها تعتبر بالايام فعلى قول أبى حنيفة واحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمهما الله لاحاجة الى الفرق وهو قول محمد وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف رحمهما الله الفرق بين الاصلين أن الاجارة عقود متفرقة فاذا أهل الهلال يتجدد العقد عند ذلك فيجعل ذلك كأنهما جددا العقد فى هذه الحالة فلهذا تعتبر أحد عشر شهرا بالهلال ولا يوجد مثل ذلك فى العدة لان الكل فى حكم شئ واحد فتعتبر كلها بالايام ثم قال اذا استأجرها سنة أولها هذا اليوم وهو رابع عشرة مضيين من الشهر فانه يسكنها بقية هذا الشهر واحدى عشر شهرا بالاهلة وستة عشر يوما من الشهر الباقى وهذا غلط والصحيح ماذكر فى بعض الروايات استأجرها لاربع عشرة بقين من الشهر لانه اذا كان الماضي من الشهر الأول أربع عشرة فقد سكنها بعد العقد ستة عشر يوما فى ذلك الشهر فلا يسكنها فى آخر المدة الا أربعة عشر يوما لتمام ثلاثين يوما وقد قال يسكنها ستة عشر يوما فعرفنا أن الصحيح لاربع عشرة بقين من الشهر واذا استأجر بيتا فى علو دار ومنزلا على ظلة على ظهر طريق فهو جائز لانه مسكن معد للانتفاع به من حيث السكنى ولو استأجر بيتا على أن يقعد فيه قصارا فاراد أن يقعد فيه حدادا فله ذلك ان كانت مضرتهما واحدة أو كانت مضرة الحداد أقل وان كانت أكثر مضرة لم يكن له ذلك وكذلك الرحا لان التقييد اذا كان مفيدا يعتبر وان كان غير مفيد لا يعتبر والفائدة فى حق صاحب الدار بأن مالا يوهن بناءه ولا يفسده فلا تكون مضرته مثل المشروط أو أقل منه فقد علمنا أنه لاضرر فيه على صاحب الدار والمنفعة صارت مملوكة للمستأجر وللانسان أن يتصرف فى

ملك نفسه على وجه لا يضر بغيره كيف شاء وان كان أكثر مضرة فهو يريد أن يلحق به
ضررا لم يرض به صاحب الدار فيمنع من ذلك والمسلم والذمى والحربى المستأمن والحر والمملوك
التاجر والمكاتب كلهم سواء فى الاجارة لانها من عقود التجارة وهم فى ذلك سواء وان استأجر
الذمى دارا سنة بالكوفة بكذا درهما من مسلم فان اتخذ فيها مصلى لنفسه دون الجماعة لم يكن
لرب الدار أن يمنعه من ذلك لانه استحق سكناها وهذا من توابع السكنى وان أراد أن يتخذ
فيها مصلى للعامة ويضرب فيها بالناقوس فلرب الدار أن يمنعه من ذلك وليس ذلك من قبل
أنه يملك الدار ولكن على سبيل النهى عن المنكر فانهم يمنعون من أحداث الكنائس فى
أمصار المسلمين فلكل مسلم أن يمنعه من ذلك كما يمنعه رب الدار وهذا لقوله صلى الله عليه
وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة والمراد نفى احداث الكنائس فى أمصار المسلمين وفى
الخصاء تأويلان (أحدهما) خصاء بنى آدم فذلك منهى عنه وهو من جملة ما يأمر به الشيطان قال
الله تعالى ولآمرنهم فليغيرن خلق الله والامتناع من صحبة النساء على قصد التبتل والترهب
والحاصل أنهم لا يمنعون من السكنى فى امصار المسلمين فيجوز بيع الدور واجارتها منهم للسكنى
الا أن يكثروا على وجه تقل بسببه جماعات المسلمين فحينئذ يؤمرون بأن يسكنوا ناحية من
المصر غير الموضع الذى يسكنه المسلمون على وجه يأمنون اللصوص ولا يظهر الخلل فى جماعات
المسلمين ويمنعون من أحداث البيع والكنائس فى أمصار المسلمين فاذا أراد أن يتخذ مصلى
العامه فهذا منه احداث الكنيسة وكذلك يمنعون من اظهار بيع الخمور فى أمصار المسلمين
لان ذلك يرجع الى الاستخفاف بالمسلمين وما أعطيناهم الذمة على أن يظهروا ذلك فكان
الاظهار فسقا منهم فى التعاطى فلكل مسلم أن يمنعهم من ذلك صاحب الدار وغيره فيه سواء
وكذلك يمنعون من اظهار شرب الخمر وضرب المعازف والخروج سكارى فى أمصار المسلمين
لما فيه من الاستخفاف بالمسلمين أيضا ولو كان هذا فى دار بالسواد أو بالجبل كان للمستأجر أن
يصنع فيها ما شاء وكان أبو القاسم الصفار رحمه الله يقول هذا الجواب فى سواد الكوفة فان
عامة من يسكنها من اليهود والروافض لعنهم الله فأما فى ديارنا يمنعون من احداث ذلك فى
السواد كما يمنعون فى المصر لان عامة من يسكن القرى فى ديارنا مسلمون وفيها الجماعة
والدرس ومجالس الوعظ كما فى الامصار فاما وجه ظاهر الرواية أن الامصار موضع إعلام الدين
نحو اقامة الجماعات واقامة الحدود وتنفيذ الاحكام فى احداث البيع فى الامصار معنى المقابلة

للمسلمين فاما القرى فليست بمواضع اعلام الدين فلايمنعون من احداث ذلك في القرى (قال) رضى الله عنه والقول الاول عندى أصح فان المنع من ذلك فى الأمصار لايفتتن به بعض جهال المسلمين (ألا ترى) أنهم اذا لم يظهروا لم يمنعوا من أن يضعوا من ذلك بينهم ماشاؤا وخوف الفتنة فى اظهارذلك فى القرى أ كثر فان الجهل على أهل القرى أغلب واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله أهل القبور هم أهل الكفور والدليل على أن المعنى ماقلنا قوله صلى الله عليه وسلم انا بريء من كل مسلم مع مشرك لاتراء ناراهما وقوله صلى الله عليه وسلم لا تستضؤا بنار المشركين ولو كان المستأجر مسلما فظهر منه فسق فى الدار أودعارة أو كان يجمع فيها على الشرب منعه رب الدار من ذلك كله لالملكه الدار بل على سبيل النهى عن المنكر فانه فرض على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لرب الدار أن يخرجه من الدار من أجل ذلك مسلما كان أو ذميا لان عقد الاجارة لازم لاينفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من تلك الجملة فلا تفسخ الاجارة لاجله أرأيت لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع لما ظهر منه لاسبيل له الي ذلك فكذلك الاجارة واذا سقط حائط من الدار فاراد المستأجر ترك الاجارة نظر فى ذلك فان كان لايضر بالسكنى فليس له أن يخرج لان المستحق بالعقد منفعة السكنى ولم يتغير بما حدث فهو كما لو استأجر عبدا للخدمة فاعور العبد وذلك لاينقص من خدمته وان كان يضر ذلك بالسكنى فله أن يخرج لتمكن الخلل فى مقصوده والعيب الحادث في المعقود عليه للسكنى بمنزلة العبد المستأجر للخدمة اذا مرض وهذا لما تقدم أن يقبض الدار لاندخل المنفعة فى ضمان المستأجر لحدوث المغير بعد قبض الدار وقبله سواء الا أن يتنبه صاحب الدار قبل فسخ المستأجر العقد فحينئذ لايكون المستأجر أن يفسخ لزوال العيب وارتفاع المغير كالعبد اذا برأ وانما يكون له حق الفسخ بحضرة رب الدار فان كان غائبا فليس له أن يفسخ لان هذا بمنزلة الرد بالعيب فلا يكون الا بحضر من الاجر لما فيه من الزام حكم الرد الآخر فيستوى فى ذلك ما قبل القبض وما بعده كما فى ردالمبيع بالعيب ولو خرج فى حال غيبة رب الدار فالاجر واجب عليه كما لو سكن لان العقد ق وهو متمكن من استيفاء المنفعة مع التغير فلزمه الاجر وكذلك ان سكن مع حضرة رب الدار لان التغير فى وصف المعقود عليه فاذا رضى به لايحط شيء من الاجر كالمشترى اذا رضى بالعيب وان سقطت الدار كلها فله أن يخرج شاهدا كان صاحب الدار أوغائبا وفيه

طريقان لمشايخنا رحمهم الله (أحدهما أن العقد انفسخ بسقوط جميع البناء لفوات المعقود عليه وهو منفعة السكنى فانه بالبناء كان مسكننا بخلاف الاول فهناك دخل المعقود عليه تغير (ألا ترى) أن استئجار الخراب للسكنى لايجوز ابتداء فكذلك لا يبقى العقد واذا انفسخ العقد سقط الأجر سواء كان رب الدار شاهدا أو غائبا لان اشتراط حضوره للفسخ قصدا الا للانفساخ حكما (وطريق) آخر وهو الاصح أن العقد لاينفسخ بالانهدام وقد نص عليه كتاب الصلح (قال) ولو صالح على سكنى دار فانهدمت الدار لا يبطل الصلح وروى هشام عن محمد رحمهما الله قال لو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤاجر وأراد المستأجر أن يسكنه فى بقية المدة فليس للمؤجر منعه من ذلك فهذا دليل على أن العقد لم ينفسخ ولان أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط والخيمة فيبقى العقد لهذا ولكن لا أجر على المستأجر لانعدام تمكنه من الانتفاع على الوجه الذى قصده بالاستئجار فان التمكن من الانتفاع شرط لوجوب الاجر (ألا ترى) أنه لو منعه غاصب من السكنى لا يجب عليه الاجر فكذلك اذا انهدم البناء بخلاف ما اذا سقط حائط منها فالتمكن من الانتفاع هناك على الوجه الذى قصده بالعقد قائم فيلزمه الاجر ما لم يفسخ العقد بمحضر من رب الدار واذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى الشهر وقد طلب التسليم أولم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض فى باقي السنة عندنا ولا للمؤاجر أن يمنعه من ذلك وقال الشافعى رحمه الله للمستأجر حق فسخ العقد فيما بقي وهو بناء على الاصل الذى بينا أن عنده المنافع فى حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ماتناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقى لاتحاد الصفقة فانها اذا تفرقت عليه قبل القبض تخير فيما بقى لاتحاد الصفقة فانها تفرقت عليه قبل التمام وذلك مثبت حق الفسخ كما لو اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض * يوضحه أن الانسان قد يستأجر دارا وحانوتا سنة ومقصوده من ذلك شهرا واحدا كالحاج بمكة فى أيام الموسم فاذا منعه فى المدة التى كانت مقصودة له لو قلنا يلزمه التسليم بعد ذلك تضرر به فلدفع الضرر أثبتنا له حق الفسخ وعندنا عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة حتى يتجدد انعقادها بحسب مايحدث من المنفعة على مابينا فلا تمكن تفرق الصفقة مع تفرق العقود وفوات المعقود عليه في عقد لايؤثر فى عقد آخر بخلاف البيع * يوضحه أنه لو استأجر دارين وقبضهما فانهدمت احداهما لايتخير فى الآخر والمنافع بقبض الدار لم تدخل فى ضمانه فقد تفرقت الصفقة عليه قبل التمام لان تمام الصفقة

بدخول المعقود عليه في ضمانه ومع ذلك لا يثبت له حق الفسخ فكذلك اذا كان الانهدام قبل القبض وان سلمها اليه الا بيتا كان مشغولا بمتاع المؤاجر رفع منه من الاجر بحساب ذلك لان الاجر انما يجب باستيفاء المنفعة فانما يلزم بقدر ما استوفى وكذلك لو سلمها اليه كلها ثم انتزع منها بيتا لانه زال تمكنه من استيفاء منفعة السكنى فى البيت حين انتزع منه فكانه لم يسلمه اليه فى الابتداء (ألا ترى) أنه لو انتزع الكل منه لم يجب عليه الاجر فالجزء معتبر بالكل ولو غصب الدار من المستأجر الاجنبي سقط عنه الاجر في مدة الغصب لزوال تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه ويجوز استئجار الدار بالموصوف من المكيل والموزون شرط له أجلا أولم يشترطه وهذا لان الاجرة بمنزلة الثمن فى البيع فان الاجارة نوع بيع فما يصلح بدلا فى البيع يصلح فى الاجارة والمكيل والموزون يصلح بدلا فى البيع موصوفا حالا كان أو مؤجلا والثياب لا تصلح موصوفة الا مؤجله والحيوان لا يصلح الا أن يكون معينا فكذلك فى الاجارة وهذا على الطريق الذى يقول المنفعة مال وان كان دون العين ظاهر لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عوضا عما هو مال وعلى الطريق الذى يقول ليس بمال فالحيوان انما يثبت فى الذمة بدلا عما ليس بمال فى العقود المبينة على التوسع فى البدل وهو مالم يشرع فى الاصل لتحصيل المال فأما الاجارة مبينة على الاستقصاء في البدل مشروعة لتحصيل المال كالبيع والحيوان بغير عينه يكون مجهول مقدار المالية فلهذا لا يثبت في الاجارة وان استأجر دارا بعبد بعينه فاعتقه رب الدار قبل أن يتقابضا لم يجز عتقه لما بينا أن الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وعتق الانسان فيما لا يملك باطل فان كان المستأجر دفع اليه العبد ولم يقبض الدار حتى أعتقه رب الدار فعتقه جائز لان الاجرة تملك بالتعجيل فان قبض الدار وتمت السكنى فلا شئ عليه وان انفسخ العقد باستحقاق الدار أو موت أحدهما أو غرق الدار أو انعدم التمكن من الانتفاع بالهدم فعلى المعتق قيمة العبد لان العقد لما انفسخ وجب عليه رد العبد وقد تعذر رد العبد لنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته وهذا لان عتقه لا يبطل بما حدث لان المستأجر سلط عليه وملكه اياه بالتسليم اليه حال قيام العقد فنفذ عتقه والعتق بعد ما نفذ لا يمكن نقضه ولو لم يقبض العبد حتى سكن الدار شهرا ثم أعتقا جميعا العبد وهو فى يد المستأجر فانه يجوز عتق رب الدار بقدر أجر الشهر ويجوز عتق المستأجر فيما بقى منه لان رب الدار ملك منه حصة ما استوفى المستأجر من المنفعة فكان العبد مشتركا

بينهما فاذا أعتقاه عتق وتنتقض الاجارة فيما بقى لان جوازها باعتبار مالية العبد وقد فات بالعقد فهو كما لو مات العبد قبل التسليم الا أن فى الموت على المستأجر أجر مثل الدار بقدر ماسكن لان العقد انتقض بهلاك المعقود عليه قبل التسليم فبقيت المنفعة فى تلك المدة مستوفاة بعقد فاسد فعليه رد بدلها وهو أجر المثل وفيما أعتقاه لايلزمه ذلك لان رب الدار صار قابضا لمايخص المستوفى من المنفعة من العبد ولو استكمل السكنى ثم مات العبد قبل أن يدفعه اليه أو استحق كان عليه أجر مثلها لانه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد ولو كان المستأجر دفع العبد ولم يسكن الدار حتى أعتقه فعتقه باطل لان العبد خرج من ملكه بالتسليم الى رب الدار فانما أعتق مالا يملكه ولو استأجر دارا سنة فسكنها ثم استحقت فالاجر للمؤاجر دون المستحق عندنا لانه تبين انه كان غاصبا وقد بينا فى كتاب الغصب أن الغاصب اذا أجر المغصوب فالاجر له لانه وجب بعقده وهو الذي ضمن تسليم المعقود وعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث وفى قياس قول أبي يوسف الاول لايتصدق لانه كان يقول العقار يضمن بالغصب ومن مذهبه أن من استربح علي ضمانه لايلزمه التصدق به كما في المودع اذا تصرف فى الوديعة ولو انهدمت من السكنى ضمن الساكن لانه متلف والعقار يضمن بالاتلاف ويرجع به على المؤاجر لانه مغرور من جهته بعقد معاوضة وقد كان ضمن سلامة المعقود عليه عن عيب الاستحقاق فاذا لم يسلم رجع كما يغرم بسببه ولو أجر داره من رجل فامىّ سنة بدراهم معلومة ثم استقرض رجل من رب الدار شهرين فأمر الفامى أن يعطيه ذلك فكان الرجل يشترى به من الفامى الدقيق والزيت وغيره حتى استوفي أجر الشهرين فهو جائز لان رب الدار اقامه مقام نفسه وهو بنفسه لو عامل الفامى بذلك يجوز وليس للفامى علي المستقرض شئ لانه قائم مقام رب الدار فتسليمه اليه كتسليمه الى رب الدار ولكنه قرض لرب الدار علي المستقرض بمنزلة مالو قبض بنفسه ثم أقرضه منه وكذلك لو أخذ دينارا فيما أخذ وقد بينا اختلافهم فى المصارفة فى الاجر مع رب البيت فكذلك مع من قام مقامه وهو المستقرض ولو كان للفامى على الرجل دينارا أو أجر البيت عشرة دراهم فى كل شهر فمضي شهران ثم أمر رب الدار الفامى أن يدفع أجر الشهرين الى المستقرض وقاصه بالدينار الذى له عليه وأخذ بالفضل شيئا فهو جائز بمنزلة ما لو فعله رب البيت فان أجر الشهرين قد وجب والمقاصة بالدينار بعد وجوبها تجوز بالتراضي وليس هذا

تصرف فيما بين رب البيت والمستقرض ولكنه صرف فيما بين المستقرض والقامى حتى يرجع رب البيت على المستقرض بالدراهم بمنزلة مالوكان اشترى به من القامى شيئا ولو كان رب البيت أقرض الدراهم على أن يرد عليه دينارا بعشرة دراهم لم يجز لان القرض مضمون بالمثل وشرط شيء آخر مكانه باطل وان أحاله على هذا الوجه بالدراهم فقاصه بالدينار فانما للمقرض على المستقرض عشرون درهما لان ما جرى بينهما من الشرط كان صرفا بالنسيئة وهو باطل ولو كان أقرضه أجر الشهرين قبل أن يسكن شيئا وأمره أن يعجله وطابت نفس القامى بذلك وأعطاه به دقيقا أو زيتا أو دينارا بعشرة دراهم منها ثم مات رب البيت قبل السكنى أو انهدم البيت أو استحق لم يرجع القامى على المستقرض بشيء لما بينا أنه قائم مقام رب البيت فيما قبضه منه ولكنه يرجع على رب البيت بالدراهم ورب البيت على المستقرض بالدراهم وقال أبو يوسف رحمه الله أخيرا في حصة البيت هكذا فاما فى حصة الدينار فانه يرجع بالدينار بعينه على الذى كان عليه الاصل لان المصارفة كانت قبل وجوب الاجر وقد بطلت بالافتراق قبل التقابض فيرجع عليه بالدينار كما كان فى ذمته فان قيل كيف يستقيم هذا وقد وجب الاجر على القامى بشرط التعجيل فانه قال وأمره أن يعجله قلنا شرط التعجيل انما يعتبر اذا كان مذكورا فى العقد وقوله وأمره أن يعجله على سبيل الالتماس لا على سبيل الشرط (ألا ترى) أنه كان قال وطابت نفس القامى بذلك ولا يجوز استئجار السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة ويجوز استئجار السكنى بالخدمة والركوب عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجوز على كل حال اتفقت جنس المنفعة أو اختلفت بناء على أصله أن المنافع كالاعيان القائمة ومبادلة العين بالعين من جنسه أو من خلاف جنسه صحيح عند المساواة على كل حال وعند التفاوت في غير الاموال الربوية والمنافع ليست بمال الربا فيجوز مبادلة بعضها بالبعض وان جاز الاعتياض عن كل واحد منهما بالدراهم جاز معاوضة على كل واحد منهما بالآخر كما اذا اختلف جنس المنفعة وانا فيه طريقان (أحدهما) منقول عن محمد رحمه الله قال مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نسأ ومعنى هذا أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود فى الحال فاذا اتحد الجنس كان هذا مبادلة الشيء بجنسه يحرم نسيئة وبالجنس يحرم النسأ عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس فان قيل النسأ ما يكون عن شرط فى العقد والاجل هنا غير مشروط كيف والمنافع فى حكم الاعيان دون الديون لانها لو كانت فى حكم الدين لم يجز مع اختلاف الجنس فالدين بالدين حرام وان اختلف الجنس

قلنا لما كان المعقود عليه مما يحدث في المدة لا يتصور حدوثه جملة بل يكون شيئا فشيئا فهذا بمنزلة اشتراط الاجل أو أبلغ منه فان المطالبة بالتسليم تتأخر بالاجل فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه لاتثبت في الحال بل تتأخر الى حدوث المنفعة وهذا أبلغ من ذلك لان بالاجل لا يتأخر انعقاد العقد وهنا يتأخر انعقاد العقد في حق المعقود عليه ولكن ليس بدين على الحقيقة لان الدين ما يثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة والمحرم الدين بالدين فلكون المنفعة ليست بدين جوزنا العقد عند اختلاف الجنس وللجنسية أفسدنا العقد عند اتفاق الجنس والطريق الآخر ان جواز عقد الاجارة للحاجة فانما يجوز على وجه ترتفع به الحاجة وفي مبادلة المنفعة بجنسها لا يتحقق ذلك لانه كان متمكنا من السكنى قبل العقد ولا يحصل له بالعقد الا ما كان متمكنا منه باعتبار ملكه فاما عند اختلاف جنس المنفعة الحاجة متحققة وبالعقد يحصل له مالم يكن حاصلا قبله فصاحب السكنى قد تكون حاجته الى خدمة العبد أو ركوب الدابة ثم ان عند اتحاد الجنس اذا استوفى أحدهما المنفعة فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمهما الله انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المستوفى من المنفعة والمنفعة ليست بمال متقوم في نفسها وجه ظاهر الرواية أنه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل كما لو استأجر دارا ولم يسم الأجر وسكنها وهذا لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما أن المنفعة تتقوم بالعقد الجائز فكذلك بالعقد الفاسد واذا أجر داره من رجل شهرا بثوب بعينه فسكنها لم يكن له أن يبيع الثوب من المستأجر ولا من غيره قبل القبض لان الاجرة اذا كانت ثوبا بعينه فهو كالمبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ولا من غيره قال (ألا ترى) انه لو هلك كان على المستأجر أجر مثلها وهذا اشارة الى بقاء الغرر والمكيل في الملك المطلق للتصرف وكذلك كل شيء بعينه من العروض والحيوان أو الموزون وتبر الذهب والفضة وفي هذا اشارة الى ان التبر يتعين بالتعيين وقد بينا اختلاف الروايات في كتاب الشركة وان كان الأجر شيئا من المكيل والموزون بغير عينه موصوفا كان له أن يبيعه من المستأجر قبل أن يقبضه منه لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنا والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز فكذلك بالاجر فان ابتاع به منه شيئا بعينه جاز ان قبضه في المجلس أو لم يقبضه لانهما افترقا عن عين بدين وان ابتاع منه شيئا بغير عينه فلا يفارقه حتى يقبض منه فان فارقه قبل أن يقبضه انتقض البيع لانهما افترقا عن دين بدين وهو الحكم

في ثمن البيع وليس له أن يبيعه من غيره فان بيع الدين من غير من عليه الدين لايجوز إلا علي قول مالك رحمه الله وهو يقول كما يجوز بيعه ممن عليه فكذلك من غيره ولكنا نقول اذا باعه منه يصير قابضا له بذمته واذا باعه من غيره فهو لايقدر على تسليمه مالم يستوف ولا يدرى متى يستوفى فانما يبيع مالا يقدر على تسليمه وقد شرط للتسليم أجلا مجهولا وهو الى أن يخرج وذلك مبطل للبيع ولو استأجر بيتا بثوب فاجره بدراهم أكثر من قيمة الثوب طاب له الفضل لان عند اختلاف الجنس لايظهر الفضل الا بالتقويم والعقد لا يوجب ذلك وكذلك كل مااختلف الجنس فيه حتى لو استأجره بعشرة دراهم وأجره بدينارين طاب له الفضل أيضا لانه لايظهر الفضل بين الدنانير والدراهم الا بالتقويم (ألا ترى) أن مبادلة عشرة دراهم بدينارين تجوز في عقد واحد ولا يظهر بينهما الفضل الخالى عن المقابلة ففي عقدين أولى واذا كان أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤاجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعي أن الدراهم نبهرجة وان الطعام معيب فالقول قوله لانه منكر استيفاء حقه فان مافي الذمة يعرف بالصفة ويختلف باختلاف الصفة ولا مناقضة في كلامه فاسم الدراهم يتناول النبهرجة واسم الحنطة يتناول المعيب وان كان حين أشهد قال قد قبضت من أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة لم يصدق بعد ذلك علي ادعاء العيب والزيف وكذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفا لم يصدق ببينة ولا غيرها لانه قد سبق منه الاقرار بقبض الجياد فان أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا في قوله وجدته زيوفا والمناقض لاقول له ولا تقبل بينته ولو كان الاجر ثوبا بعينه فقبضه ثم جاء يرده بعيب فقال المستأجر ليس هذا ثوبى فالقول قول المستأجر لانهما تصادقا على أنه قبض المعقود عليه فانه كان شيئا بعينه ثم ادعي الآخر لنفسه حق الرد والمستأجر منكر لذلك فالقول قوله فان أقام رب الدار البينة علي العيب رده سواء كان العيب يسيرا أو فاحشا على قياس المبيع ثم ينفسخ العقد برده لفوات القبض المستحق بالعقد فيأخذ منه قيمة السكنى وهو أجر مثل الدار لان العقد لما فسد ازمه رد المستوفى من السكنى ورد السكنى برد أجر المثل وان كان حدث به عيب لم يستطع رده رجع بحصة العيب من أجر مثل الدار لان الرجوع بحصة العيب عند تعذر الرد يكون من البدل كما في البيع واذا خرج المستأجر من الدار وفيها تراب ورماد من كناسة فعلى المستأجر اخراجه لانه اجتمع بفعله وهو الذى شغل ملك الغير به فعليه تفريغه اذا خرج من

الدار ولكن ماأشبه ذلك مما هو ظاهر على وجه الارض فاما البالوعة وماأشبهها فليس على المستأجر تنظيفها استحسانا وفى القياس هذا كالاول لانه اجتمع بفعل المستأجر وللاستحسان وجهان (أحدهما) العرف فان الناس لم يتعارفوا تكليف المستأجر تنظيف البالوعة اذاخرج من المنزل وقد بينا ان العرف معتبر فى الاجارة (والثانى) ان البالوعة مطوية فتحتاج للتنظيف الى الحفر وذلك تصرف من المستأجر فيما لا يملكه فلا يلزمه ذلك فاما ما كان ظاهرا فهو لايحتاج فى التفريغ الى نقض بناء وحفر فعليه اخراج ذلك وان اختلفا فى التراب الظاهر فالقول قول المستأجر انه استأجرها وهو فيها لان رب الدار يدعى لنفسه حقا قبله وهو تفريغ ذلك الموضع ويدعى احداث شغل ملكه والمستأجر منكر فالقول قوله فاما مسيل ماء الحمام ظاهرا كان أومسقفا فعلى المستأجر كنسه اذا امتلأ هو المتعارف بين الناس ولانه ظاهر على وجه الارض وانما يسقف لكيلا يتأذى الناس برائحته ولانه لا يملأ ليترك بل ليفرغ اذا امتلأ وكان التفريغ على من ملأه بخلاف البالوعة فقضاء الحاجة فى بئر البالوعة لا يكون لقصد النقل والتفريغ بل يترك ذلك عادة فلهذا لايجب على المستأجر ولو اشترط رب الدار على المستأجر حين أجره اخراج ماأحدثه فيهامن تراب أوسرجين كان جائزا لان ذلك عليه بدون الشرط فالشرط لا يزيده الا وكادة واذا استأجر قامى من رجل بيتا فباع فيه زمانا ثم خرج منه واختلفا فيما فيه من الاوانى والرفوف والتحاتح التى قد بنى عليه البناء فقال المستأجر أنا أحدثتها وقال رب البيت كانت فيه حين أجرته فالقول قول المستأجر لان الظاهر شاهد له فهو الذى يتخذ ذلك عادة لحاجته اليه فرب البيت مستغن عن ذلك فانه يبنى البيت ليؤاجره ممن يستأجره منه ثم كل عامل يتخذ فيه ما يكون من أداة عمله وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر ولان هذه الاشياء موضوعة فى البيت وفى الموضوع القول قول المستأجر كسائر الامتعة وكذلك الطحان اذاخرج من البيت فأرادأن يأخذ من متاع الرحا وما تحتها من بنائها وخشبها التى فيها واسطواناتها فذلك كله للطحان لانه من أداء عمله وكذلك القصاب والقلاء والحداد وما أشبهه من الاوعية والاداة التى تكون للصناع ولو استأجر أرضا ليطبخ فيها الآجر والفخار ثم اختلفا فى الاتون التى يطبخ فيها الآجر ففى القياس القول قول رب الارض لانه بناء كسائر الابنية وفى البناء القول قول رب الارض لانه تبع لارضه وفي الاستحسان القول قول المستأجر قال لانى رأيت المستأجر هو الذي بنى وانما يبنى الحكم على مايعرف عند المنازعة

ثم هذا البناء لحاجة المستأجر ليس لحاجة رب الارض بخلاف سائر الابنية (ألا ترى) ان كل عامل من هذا الجنس يبنى الاتون على الوجه الذى يتخذه أهل صنعته ولو اختلفا في بناء سوى ما ذكرنا أو في باب أو خشبة أدخلت السقف فالقول قول رب الدار أنه أجرها وهى كذلك وكذلك الآجر المفروش والغلق والميزاب فالظاهر أن رب الدار هو الذى يتخذ ذلك لان الساكن به يتمكن من السكنى فى الدار وعلى رب الدار تمكين المستأجر من الانتفاع فهو الذى يحدث ما به ليتم تمكنه من الانتفاع به وما كان فى الدار من لبن موضوع أو آجر أو جص أو جذع أو باب موضوع فهو للمستأجر لانه بمنزلة المتاع الموضوع غير مركب فى البناء ولا هو تبع للارض والبناء فان أقاما البينة ففى كل شئ جعلنا القول فيه قول المستأجر فالبينة بينة رب الدار لانها مثبتة لحقه ولو كان فى الدار بئر ماء مطوية أو بالوعة محفورة فقال المستأجر أنا أحدثتها وأنا أقلعها فالقول قول رب الدار لان هذا من توابع البناء ومما لا يتأتى بدونه السكنى ولانه يحتاج في قلعها الى نقض البناء والمستأجر لا يملك ذلك الا بحجة وهى البينة وكذلك الخص والسترة والخشب المبنى فى البناء والدرج فالمراد من الدرج مايكون مبنيا منه فاما مايكون موضوعا فيه كالسلم فالقول قول المستأجر لانه لايحتاج في رفعه الى قلع البناء وهو موضوع كالامتعة (قال) وكذلك التنور وكذلك الاتون التى يطبخ فيها الاجر ان القول قول المستأجر وفى التنور القول قول رب الدار ولا فرق بينهما الا بالعرف ثم التنور من توابع البناء في الدار فيحتاج اليه كل ساكن فاما الاتون فانما يحتاج اليه من يطبخ الآجر دون من يعمل فى الارض عملا آخر فالظاهر هنالك أن المستأجر هو الذى بناه والظاهر هنا ان رب الدار هو الذى يبنى التنور ولو كان فى الدار كوارت نحل أو حمامات فذلك كله للمستأجر كالمتاع الموضوع ولو أقر رب الدار ان المستأجر خصصها أو فرشها بالآجر أو ركب فيها بابا أو غلقا كان للمستأجر أن يقلع من ذلك مالا يضر قلعه بالدار لانه عين ملكه فاما مايضر بها فليس له أن يقلعه دفعا للضرر عن رب الدار (ألا ترى) ان رب الدار لو فعل ذلك غصبا لم يكن لمالك ذلك العين أن يقلعه فاذا فعله المالك أولى ولكن قيمة ذلك على رب الدار يوم يختصمون لان ذلك العين احتبس عنده فيغرم قيمته كما لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير فاراد صاحب الثوب أن يأخذه وانما اعتبر قيمته عند الخصومة لانه عند ذلك تملكه على صاحبه ولو انهدم بيت من الدار فاختلفا فى نقضه فان كان يعرف انه من بيت انهدم فهو لرب الدار لانهما لو اختلفا قبل الانهدام كان القول

قول رب الدار فكذلك بعده وان لم يعرف ذلك وقال المستأجر هولى فالقول فيه قوله لانه موضوع كسائر الامتعة ولو كان رب الدار أمره بالبناء فى الدار على أن يحبسه له من الاجر فاتفقا على البناء واختلف فى مقدار النفقة فالقول قول رب الدار والبينة بينة المستأجر لان حاصل اختلافهما فيما صار المستأجر موفيا من الاجر فهو يدعي الزيادة فالبينة بينته ورب الدار ينكرها فالقول قوله وكذلك لو قال رب الدار لم تبن أو بنيت بغير اذنى لان المستأجر يدعى عليه الامر وبه يصير موفيا الاجر عند البناء فالقول قول رب الدار لانكاره ولو كان على باب منها مصرعان فسقط احدهما وقال المستأجر هما لي أو قال هذا الساقط لى ويعرف أنه أخ المغلاق فالقول قول رب الدار لان الظاهر شاهد له أما فى المغلاق غير مشكل والساقط اذا كان أخ المغلاق فهما كشيء واحد مضي فى معنى الانتفاع حتى لا ينتفع بأحدهما دون الآخر والبينة بينة المستأجر لانه هو المحتاج الى اقامتها وكذلك لو كان فيها بيت مصور بجذوع مصورة فسقط جذع منها فكان فى البيت مطروحا فقال رب الدار هو من سقف هذا البيت وقال المستأجر بل هو لي ويعرف أن تصاويره موافق لتصاوير البيت فالقول فى ذلك قول رب الدار لشهادة الظاهر له وهو نظيره مالو اختلفا الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال يجعل القول قول الزوج وما يصلح للنساء فهو للمرأة لشهادة الظاهر لها ثم موافقة التصاوير وكون موضع ذلك الجذع من السقف ظاهرا دليل فوق اليد واذا جعل القول قول ذى اليد لشهادة الظاهر له فهذا أولى وعمارة الدار وتطيينها واصلاح الميزاب وما وهى من بنائها على رب الدار لان به يتمكن المستأجر من سكنى الدار وكذلك كل سترة يضر تركها بالسكنى لان المستأجر بمطلق العقد استحق المعقود عليه بصفة السلامة فان أبى أن يفعل فللمستأجر أن يخرج منها لوجود العيب بالمعقود عليه الا أن يكون استأجرها وهى كذلك وقد رآها فحينئذ هو راضى بالعيب فلا يردها لاجله واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار وان كان امتلأ من فعل المستأجر لما بينا أنه يحتاج فى ذلك الى هدم البناء ولكن لا يجبر رب الدار على ذلك ولا المستأجر وان شاء المستأجر أن يصلح ذلك فعل ولا يحتسب له من الاجر وان شاء خرج اذا أبى رب الدار أن يفعله لان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه ولكن العيب في عقود المعاوضات يثبت للعاقد حق الفسخ فيما يعتمد لزومه تمام الرضاء ولو استأجر من رجل نصف أرض غير مقصود أو نصف عبد أو نصف دابة فالعقد فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله

والشيوع فيما يحتمل القسمة ومالا يحتمل القسمة سواء عنده في افساد الاجارة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله جائز ويتهايآن فيه وحجتهم في ذلك أن هذا معاوضة مال بمال فتلزم في المشاع كالبيع وهذا لان موجب الاجارة ملك المنفعة وللجزء الشائع منفعة (ألا ترى) انه لو أجر من شريكه يجوز العقد لهذا المعنى ولو أجر من رجلين تجوز العقود وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعا والدليل عليه أنه لو أعار نصف داره من انسان جاز ذلك وتأثير الشيوع في المنع من عقد التبرع أكثر منه في المنع من المعاوضة كما في الهبة مع البيع فاذا جاز تمليك منفعة نصف الدار بطريق التبرع فبطريق المعاوضة أولى وأبو حنيفة رحمه الله يقول التزم بعقد المعاوضة تسليم مالا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو باع الآبق أو أجره* وبيان ذلك أن عقد الاجارة يرد على المنفعة وتسليم المنفعة يكون باستيفاء المستأجر ولا يتحقق استيفاء المنفعة من النصف شائعا انما يتحقق من جزء معين فانهما ان تهايأ على المكان فانما يسكن كل واحد منهما ناحية بعينها وان تهايأ على الزمان فانما يسكن كل واحد منهما جميع الدار في بعض المدة فعرفنا أن استيفاء المنفعة في الجزء الشائع لا يتحقق فكان باضافة العقد الى جزء شائع ملتزما تسليم ما لا يقدر على تسليمه ويحكى عن أبي طاهر الدباس رحمه الله انه كان يقول اذا أجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي يصح عند أبي حنيفة رحمه الله واذا أجر المالك نصف أرضه لا يصح وكان يفرق فيقول يحتاجان الى المهايأة فاما أن يعود الى يد الاجير جميع المستأجر في بعض المدة اذا تهايآ على الزمان أو بعض المستأجر في جميع المدة اذا تهايأ على المكان وعود المستأجر الى يد الاجير يمنع استيفاء المنفعة بحكم الاجارة كما لو اعاره المستأجر من الاجير أو أجره منه فاستحقاق ذلك بسبب يقترن بالعقد يبطل الاجارة فاما اذا أجر أحدهما نصيبه من أجنبي فالمهايأة تكون بين المستأجر والشريك فلا يعود المستأجر الى يد الاجير وانما يعود الى يد أجنبي وذلك جائز في الاجارة كما لو أعاره المستأجر أو أجره من أجنبي والاصح أنه لا فرق بينهما عنده والعقد فاسد لما بينا ولان استيفاء المعقود عليه لا يتأدى الا بالمهايأة والمهايأة عقد آخر ليس من حقوق عقد الاجارة فبدونه لا تثبت القدرة على قبض المعقود عليه وذلك مانع من جواز العقد فان استوفى المنفعة مع الفساد استوجب أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد وهذا لان العجز عن التسليم يفسد العقد ولا يمنع انعقاده كما في بيع الآبق فاذا استوفى فقد تحقق الاستيفاء بعد انعقاد

العقد وهـذا بخلاف البيع لان التسليم هناك بالتخلية يتم وذلك فى الجزء الشائع يتم فأما اذا أجره من شريكه فقد روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يجوز ذلك وجعله كالرهن في هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التى يتناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر أحد زوجى المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز لان استيفاء المعقود عليه مما يتناوله العقد لا يمكن الا بما لم يتناوله العقد وفي ظاهر الرواية يجوز لان استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى هنا فانه يسكن جميع الدار فيصير مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة بخلاف ما اذا أجره من غير شريكه فهناك يتعذر الاستيفاء على الوجه الذى أوجبه العقد وهو نظير بيع الآبق ممن هو فى يده يجوز بكون التسليم مقدورا عليه بيده ومن غير من فى يده لا يجوز لعجزه عن التسليم وهذا بخلاف الرهن فبالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه لان المعقود عليه هو الحبس المستدام ولا تصور لذلك فى الشائع وفى هـذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة انما ينعدم التسليم وذلك لا يوجد فى حق الشريك وبه فارق الهبة أيضا فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذى به يقع الملك والهبة من الشريك ومن غيره فى ذلك سواء وأما اذا أجر من رجلين فتسليم المعقود عليه كما أوجبه العقد مقدور عليه للمؤاجر ثم المهايأة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكيهما وهو نظير الراهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه باعتبار ما أوجبه الراهن لهما فان مات أحد المستأجرين حتى بطل العقد فى نصيبه فقد ذكر الطحاوى عن خالد بن صبيح عن أبى حنيفة رحمهم الله أنه يفسد العقد فى النصف الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا فى معنى شيوع تقترن بالعقد وفى ظاهر الرواية يبقى العقد فى حق الآخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما أصل العقد منعقد لازم فى الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما فى الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع فى نصفها وهذا بخلاف الاعارة لانه لا يتحقق بها استحقاق التسليم والمؤثر العجز عن التسليم فانما يؤثر فى العقد الذى يتعلق به استحقاق التسليم. رجل تكارى دارا من رجل على أن جعل أجرها أن يكسوه ثلاثة أثواب فهذا فاسد لان المسمى مجهول الجنس والصفة والثياب بمطلق التسمية لا تصلح عوضا فى البيع فلا تصلح أجرة وعليه أجر مثلها فيما سكن لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد

ولو تكارى منزلا كل شهر بدرهم فخلى بينه وبين المنزل ولم يفتح له الباب فجاء رأس الشهر وطلب الاجر فقال المستأجر لم يفتحه ولم أنزله فان كان يقدر على فتحه فالكراء واجب عليه لتمكنه من استيفاء المعقود فانه في الامتناع بعد التمكن قاصد الي الاضرار بالآخير فيرد عليه قصده وان كان لا يقدر على فتحه فلا أجر له عليه لانه ما تمكن من الاستيفاء وعلى المؤاجر أن يمكنه من استيفاء المعقود فلا يستوجب الاجر بدونه اذا لم يستوف ولو تكارى منزلا في دار وفى الدار سكان فخلي بينه وبين المنزل فلما جاء رأس الشهر طلب الاجر فقال ما سكنته حال بيني وبين المنزل فيه فلان الساكن والساكن مقر بذلك أو جاحد فانه يحكم الحال فان كان المستأجر فيه فى الحال فالأجر عليه وان كان الغاصب فيه فلا أجر عليه والقول فيه قوله لان الاختلاف وقع بينهما فيما مضى والحال معلوم فيرد المجهول الى المعلوم ويحكم فيه الحال كالمستأجر مع رب الرحا اذا اختلفافي انقطاع الماء فى المدة يحكم الحال فيه وان لم يكن في المنزل ساكن فى الحال فالمستأجر ضامن الأجر لانه متمكن من استيفاء المنفعة فى الحال فذلك دليل على أنه كان متمكنا فيما مضى فيلزمه الأجر والمانع لا يثبت بمجرد قوله من غير حجة ولو تكارى بيتا ولم يسم مايعمل فيه فهو جائز لان المعقود عليه معلوم بالعرف وهو السكنى في البيت وذلك لا يتفاوت فلا حاجة الي تسميته وليس له أن يعمل فيه القصارة ونظائرها لان ذلك يضر بالبناء وقد بينا أنه لا يستحقه بمطلق العقد فان عملها فانهدم البيت فهو ضامن لما انهدم من عمله لانه متلف متعدى ولا أجر عليه فيما ضمن لان الاجر والضمان لايجتمعان فانه يتملك المضمون بالضمان مستندا الى وقت وجوب الضمان فلا يجب عليه الأجر فيما استوفى من منفعة ملك نفسه وان سلم فعليه الأجر استحسانا وفى القياس لا أجر عليه لانه غاصب فيما صنع ولهذا كان ضامنا ولا أجر على الغاصب فى المنفعة * وجه الاستحسان أنه استوفى المعقود عليه وزيادة وانما كان ضامنا باعتبار تلك الزيادة فاذا سلم سقط اعتبار تلك الزيادة حكما فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه واذا انهدم فقد وجب اعتبار تلك الزيادة لايجاب الضمان عليه فلهذا لا يلزمه الاجر وان قال المستأجر استأجرته منك لأعمل فيه القصارة وقال رب البيت أكريتك لغير ذلك فالقول قول رب البيت لانه هو الموجب ولو أنكر الايجاب والاذن أصلا كان القول قوله اذا أقر بشيء دون شيء ولان المستأجر يدعى زيادة فيما استحقه بالعقد فعليه أن يثبت ذلك بالبينة ورب الدار منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وان سكنه وأسكن

فيه معه غيره فانهدم من سكنى غيره لم يضمن لانه غير متعدى فيما صنع وكثرة الساكنين في الدار لاتوهن البناء ولكنها تزيد في عمارة الدار واذا طالب رب البيت أجر ما سكن فقال الساكن أسكنتنيه بغير أجر فالقول قوله والبينة بينة رب الدار لانه يدعى الاجر في ذمة الساكن فعليه اثباته بالبينة والساكن منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا بخلاف العين اذا قال بعته منك وقال الآخر وهبته لى وقد هلك في يده لان العين متقوم في نفسه ولا تسقط قيمته الا بالايجاب بطريق التبرع ولم يوجد فاما المنفعة لا تتقوم الا بشرط البدل ولم يثبت ذلك وان قال الساكن الدار لى أو قال هى دار فلان وكلنى بالقيام عليها فالقول قول الساكن لان اليد له والبينة بينة الطالب لانه يثبت ملكه والساكن خصم له لظهورها في يده فلا تندفع الخصومة عنه بمجرد قوله هى دار فلان ولان الطالب يدعى عليه فعلا وهو استيفاؤها منه بحكم الاجارة وان قال الساكن وهبتها لى لم يصدق على الهبة لانه أقر بالملك له وادعى تمليكها عليه ولا أجر عليه لانه في حق الآخر منكر والبينة بينته ان أقامها لانه يثبت سبب الملك لنفسه هنا وهو الهبة فان أقر باصل الكراء وادعى الهبة فدعواه باطل والكراء لازم لاقراره له بالسبب الموجب له الا أن يقيم البينة على ما ادعى من الهبة. رجل تكارى من رجلين منزلا بعشرة دراهم كل سنة فخرج الرجل منه وعمد أهله فاكروا من المنزل بيتا وأنزلوا انسانا بغير أجر فانهدم المنزل الذي سكنوه فلا ضمان على الآخر لان أكثر ما فيه انه غاصب والعقار لا يضمن بالغصب ولا ضمان على المستأجر الثانى الا أن ينهدم من عمله فحينئذ يكون متلفا واذا انهدم من عمله وضمنه رجع به على الذى أجره لانه صار مغرورا من جهته بعقد ضمان باشره رجل تكارى منزلا كل شهر بدرهم ثم طلق امرأته وذهب من المصر فلا كراء على المرأة لانها لم تستأجر ولم تلتزم شيئا من الاجر والكراء على الزوج لتمكنه من الاستيفاء بمن اقامه مقام نفسه في السكنى في المنزل ولا تخرج من المنزل حتى يهل الهلال لان العقد في الشهر الواحد لزم بهذا اللفظ فلا ينفرد أحدهما بالفسخ فان تكارى على أن ينزله وحده لا ينزله غيره وتزوج امرأة أو امرأتين فله ان ينزلها معه وليس الشرط بشئ لانه غير مفيد فكل ما كان السكان في الدار أكثر كان ذلك أعمر لها وان حفر المستأجر في الدار بئرا للماء أو الوضوء فعطب فيها انسان أو دابة فان حفر باذن رب الدار فلا ضمان عليه وان حفر بغير اذنه فهو ضامن لان المسبب انما يضمن اذا كان متعديا في السبب وهو في الحفر بغير اذنه متعدى فاما في الحفر باذنه لا يكون

متعديا ولكن يجعل فعله كفعل رب الدار وان تكارى داراً كل شهر بعشرة على أن يعمرها ويعطى أجر حارسها ونوابها فهذا فاسد لان مايعمر به الدار على رب الدار والثانية كذلك عليه فهى الجباية بمنزلة الخراج فهى مجهولة فقد شرط لنفسه شيئا مجهولا مع العشرة وضم المجهول الى المعلوم يجعل الكل مجهولا فاما أجر الحارس فهو على الساكن لانه هو المنتفع بعمله واذا سكن الدار فعليه أجر مثلها بالغا مابلغ لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد ورب الدار مارضي بالمسمى حين ضم اليه شيئا آخر لنفسه فلهذا لزمه أجر المثل بالغا مابلغ والاشهاد على المرتهن والمستأجر والمستعير في الحائط الوهى باطل لان الاشهاد انما يصح على من يتمكن من هدم الحائط فانه يطالبه بتفريغ ما اشتغل من الهواء بالحائط المائل وهؤلاء لا يتمكنون من التفريغ بالهدم فلا تتوجه عليهم المطالبة. رجل تكارى منزلا في دار وفي الدار سكان غيره فادخل دابة في الدار وأوقفها على بابه فضربت إنسانا فمات أو هدمت حائطا أو دخل ضيف له على دابة فوطئ انسانا من السكان فلا ضمان على الساكن ولا على الضيف لانه غير متعدى فى ادخال الدابة وايقافها فى الدار فان للساكن أن يربط دابته فيها الا أن يكون هو على الدابة حين أوطأت انسانا فحينئذ يضمن لانه مباشر للاتلاف وان تكاراها سنة وقبضها لم يكن لرب الدار أن يربط فيها دابته من غير رضي الساكن لان الساكن فيما يرجع الى الانتفاع كالمالك والمالك كالاجنبي فان فعل فهو ضامن لما أصابت لكونه متعديا فى التسبب ولو تكارى دارا يسكنها شهرا بخدمة عبد شهرا فان كان العبد بغير عينه فالاجارة فاسدة لجهالة أحد العوضين وان كان بعينه فالاجارة جائزة لاختلاف جنس المنفعة فان مات العبد قبل أن يخدم وسكن الدار فعليه أجر مثل الدار لان بموت العبد فات المعقود عليه من الخدمة قبل الاستيفاء فيفسد العقد فى حق السكنى وبقيت السكنى مستوفاة بعقد فاسد وكان على المستوفى أجر المثل رجل تكارى دارا سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها ولا ينزل فيها فالاجارة فاسدة لانه نفى موجب العقد بالشرط ومثل هذا الشرط لا يلائم العقد فان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ينقص مما سمي لان المستأجر التزم المسمى بدون أن يسكنها فالتزامه لها فاذا سكن أظهر ورب الدار انما رضى بالمسمى اذا لم يسكنها فمند السكنى لا يكون راضيا بها فلهذا أعطاه أجر مثلها بالغا ما بلغ فان تكاراها على أن يسكنها فلم يسكنها ولكنه جعل فيها حيوانا وقال رب الدار ردها على (قال) هذا يخربها فليس له ذلك حتى تنقضي المدة لان مافعل من السكنى (ألا ترى) انه لو سكنها كان له أن يجعل فيها من الحبوب مع

نفسه ما يحتاج اليه فهذا مما صار مستحقا بعقد الاجارة فلا يمنعه رب الدار منه ولا يفسخ العقد لاجله واذا أنزل المستأجر زوج ابنته معه فى الدار فلما انقضت المدة طالبه بالأجر فليس له ولا لرب الدار أن يأخذ الزوج بشيء من ذلك لان العقد لم يجر بينه وبين رب الدار والمستأجر أسكنه من غير أن شرط عليه أجرا ولو أسكنه ملكه لم يطالبه بالاجر فكذلك اذا أسكنه دارا يكتريها فان تكارى منزلا فى دار فيها سكان فأمره صاحب المنزل أن يكنس البئر التي فى الدار ففعل وطرح ترابها فى الدار فعطب بذلك انسان فلا ضمان عليه لان فعله بأمر رب الدار كفعل رب الدار بنفسه وكذلك ان فعله بغير أمر رب الدار لان هذا من توابع السكنى فان الساكن مرتفق بالبئر ولا يتأتى له ذلك الا بالكنس فلم يكن متعديا فيما صنع فلهذا لا يضمن الا أن يخرج التراب الى الطريق فحينئذ هو متعد فى القاء التراب فى الطريق فكان ضامنا . رجل تكارى دارا سنة على انه فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا وفى أحد قولي الشافعي رحمه الله لا يجوز بناء على الاصل الذى بينا أن جواز الاجارة بطريق أن المنافع جعلت كالاعيان القائمة وانما يكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين سقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار فيه غير ممكن أيضا لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من أن يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ ثم شرط الخيار في البيع ثابت بالنص بخلاف القياس والاجارة ليست فى معناه فلا يجوز شرط الخيار فيها ولهذا لم يجز شرط الخيار فى النكاح فكذلك فى الاجارة والجامع بينهما أنه عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة *وحجتنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة مال بمال فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وتأثيره أنه لما كان المقصود المال وقد يقع نفيه قبل أن يروى المرء النظر فيه فهو محتاج الى شرط الخيار فيه ليدفع الغبن عن نفسه والاجارة فى هذا كالبيع (ألا ترى) أنه فى الرد بالعيب يجعل كالبيع فكذلك فى الرد بخيار الشرط وانه يحتمل الفسخ بالاقالة كالبيع ويعتمد لزومه تمام الرضا بخلاف النكاح ثم ان كان ابتداء المدة من وقت العقد فالمنفعة لا تدخل فى ضمان المستأجر الا بالاستيفاء وما يتلف قبل ذلك يتلف على ضمانه فلا يمنعه من الفسخ وان اشتغل بالاستيفاء سقط خياره عندنا والحقيقة أن ابتداء المدة من حين يتم رضاه بالعقد وذلك عند اشتغاله باستيفاء المنفعة أو عند مضي مدة الخيار فان سكنها فى المدة فقد تم رضاه باشتغاله بالتصرف فيسقط خياره والله أعلم وان كان شرط لنفسه الخيار

ثلاثة أيام فان رضيها أخذها بمائة درهم وان لم يرضها أخذها بخمسين فالاجارة فاسدة لجهالة
الاجرة وان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ضمان عليه فيما انهدم منها اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز
واذا أجر الوصي دار اليتيم مدة طويلة جازت الاجارة لانه قائم مقامه لو كان بالغا في كل عقد
نظرا له الا أن ينتقص من أجر مثلها مالا يتغابن الناس فيه فلا يجوز اعتبارا للاجارة بالبيع
وهذا لانه مأمور بقربان ماله بالاحسن وبما يكون أصلح له قال الله تعالى قل اصلاح لهم خير
ويجوز لو كيل الكبير أن يؤاجرها بما قل وكثر فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى
قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله الا بما يتغابن الناس فى مثله وهو نظير البيع فى ذلك . رجل
تزوج امرأة وهى فى منزل بكراء فمكث معها سنة فيه ثم طلب صاحب المنزل الكراء وقد
أخبرت المرأة الزوج أن المنزل معها بكراء أو لم تخبره فالاجرة على المرأة دون الرجل لانها
هى التى باشرت سبب وجوب الاجر وهو العقد فان كان قال لمالك على مع نفقتك أجر
المنزل كذا وكذا وضمنه لرب المنزل فهو عليه لانه ضمن دينا واجبا لرب المنزل وان أشهد لها به
ولم يضمنه لرب المنزل ثم لم يعطها فله ذلك لان الاجر عليها لا لها فلا يكون هو ضامنا لها
ذلك بل هذا بمنزلة الهبة منه فان شاء أعطى وان شاء لم يعط واذا تكارى دارا لم يرها فله
الخيار اذا رآها لان الاجارة كالبيع يعتمد تمام الرضا فكما لا يتم الرضا فى البيع قبل الرؤية
فكذلك فى الاجارة ورؤية المعقود عليه وهو المنفعة لا تتأتى ولكن يصير ذلك معلوما برؤية
الدار فان منفعة السكنى تختلف باختلاف الدار فى الضيق والسعة ولهذا لو كان رآها قبل ذلك
فلا خيار له فيها الا أن يكون انهدم منها شئ يضر بالسكنى فحينئذ يتخير للتغير واذا استأجر
دارا سنة كل شهر بمائة درهم لم يكن لواحد منهما أن يفسخ الاجارة قبل كمال السنة لان الصفقة
واحدة باتحاد العاقدين فبالتفصيل فى ذكر البدل لا تتفرق الصفقة ولكن هذا التفصيل
وجوده كعدمه فيكون العقد لازما في جميع السنة لا يفسخه أحدهما الا بعذر وان قال
المستأجر استأجرتها شهرا فالقول قوله لانه ينكر الاجارة فيما زاد على الشهر ولو أنكر أصل
العقد كان القول قوله مع يمينه فكذلك اذا أنكر الزيادة والبينة بينة المؤاجر لانها تثبت
الزيادة وان استأجرها شهرا بدرهم فسكنها شهرين فعليه كراء الشهر الاول ولا كراء عليه
فى الشهر الثانى لانه غاصب فى السكنى والمنافع لا تتقوم الا بالعقد وعند ابن أبى ليلى رحمه الله عليه
أجر مثلها فى الشهر الثانى وقد بينا نظيره فى العارية فان انهدمت من سكناه فقال انما انهدمت فى

الشهر الاول فالقول قوله لانكاره وجوب الضمان والبينة بينة رب الدار لانه يثبت السبب الموجب للضمان عليه وكذلك ان زادعلي الشهر يوما أو يومين لانه غاصب فيما زاد فيستوى فيه قليل المدة وكثيرها واذا أجر البيت من رجل وسلم اليه المفتاح فلما انقضت المدة قال المستأجر لم أقدر علي فتحه ولم أسكنه فالقول قول صاحب البيت والبينة بينته أيضا أما جعل القول قوله لشهادة الظاهر له فالمفتاح مااتخذ الا لفتح الباب والظاهر أنه من وصل اليه المفتاح تمكن من فتح الباب إما بنفسه أو بمن يعينه وأما ترجيح بينته فلانه يثبت الاجر في ذمة المستأجر باثباته السبب الموجب وهو التمكن من استيفاء المنفعة بعد العقد والمستأجر ينفي ذلك واذا تكارى دارا شهرا فاقام معه صاحب الدار فيها الى آخر الشهر فقال المستأجر لاأعطيك الاجر لانك لم تخل بيني وبين الدار (قال) عليه من الاجر بحساب ماكان في يده لانه استوفي بعض المعقود عليه وهو منفعة المنزل الذى فى يده فيلزمه الاجر بقدره اعتبارا للجزء بالكل .رجلان استأجرا حانوتا يعملان فيه بانفسهما فعمد أحدهما فاستأجر أجيرا فأقعده في الحانوت وأبى الآخر أن يدعه (قال) له ان يقعد في نصيبه من شاء مالم يدخل علي شريكه في نصفه ضررا بينا لان لكل واحد منهما ملك منفعة النصف فله أن يتصرف فيما يملكه كيف شاء الا انه اذا أدخل ضررا على شريكه فحينئذ يمنع من ذلك لان تصرفه متعد الى نصيب شريكه وفيه ضرر عليه وكذلك ان كان أحدهما أكثر متاعا من الآخر وان أراد أحدهما أن يبنى وسط الحانوت حائطا لم يكن له ذلك لان البناء تصرف في العين فان مايملك مالك الرقبة وهما يملكان المنفعة دون الرقبة فان تكارى بيتا ودكانا على بابه كل شهر بدرهم والدكان في طريق المسلمين فحيل بينه وبين أن يترفق بالدكان فالكراء جائز في الدار ويرفع عنه بحساب الدكان لانه أضاف العقد فيهما الى محله وهو عين منتفع به (ألا ترى) أنه لولم يتعرض له انسان حتى استوفى منفعتهما سنة كان عليه الاجر كاملا فاحيل بينه وبين الترفق بالدكان يرفع عنه بحسابه من الأجر كما كانا بيتين فغصب أحدهما غاصب. رجلان استأجرا منزلا واشترطا فيما بينهما أن ينزل أحدهما في أقصاه والآخر في مقدمه ولم يشترطا ذلك في أصل الاجارة فالاجارة جائزة ولصاحب الاقصي أن ينزل في مقدمه مع صاحبه لان المواضعة التى بينهما بعدما ملك المنفعة بالاجارة بمنزلة المهايأة والمهايأة لاتكون واجبة فلا يكون أحدهما أحق بالانتفاع بالمقدم من الآخر واذا تكارى دارا لينزلها بنفسه وأهله فلم ينزلها ولكن انزل فيها دواب وبقرا

فانهدمت من عملهم فلا ضمان عليه لان هذا ليس بخلاف منه فان ما فعل من توابع السكنى وعليه الأجر وقيل هذا اذا كان منزلا تدخل الدواب مثل ذلك المنزل عادة فان كان بخلاف ذلك فهو غاصب ضامن لما ينهدم بعمله واذا مات أحد المكاريين انتقضت الاجارة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لاتنتقض بموتهما ولا بموت أحدهما الا في خصلة واحدة وهي اذا شرط على الخياط أنه يخيط بنفسه فمات الخياط وعلى بناء أصله أن المنافع جعلت كالاعيان القائمة ثم العقد على العين لايبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك العقد على المنفعة وهذا لانه لما جعل كالعين فقد تم الاستحقاق في الكل فبموت الاجير لايتغير ذلك لان وارثه يخلفه فيما كان مستحقا له وقاس بالارض المستأجرة اذا زرعها المستأجر ثم مات فان الاجارة لاتنتقض بالاتفاق بل يخلفه وارثه في تربية الزرع فيها الى وقت الادراك ولان هذا عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة فلا يبطل بموت العاقد الا أن يتضمن هذا المعقود عليه كالنكاح فان زوج أمته ثم مات المولي لا يبطل العقد وبموت أحد الزوجين يرتفع العقد لتضمنه فوات المعقود عليه ولهذا تبطل الاجارة بموت الخياط اذا شرط عليه العمل بيده لفوات المعقود عليه وتبطل الكتابة بموت المكاتب عنده لفوات المعقود عليه ولا تبطل بموت المولى بالاتفاق ولنا طريقان (أحدهما) في موت الاجير فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك الاجير وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه وبيان ذلك أن رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة (ألا ترى) أنه لو باع الدار برضاء المستأجر بطلت الاجارة لانتقال الملك فيها الى غيره *توضيحه أنه فيما يحدث فيها من المنفعة بعد الموت هو مضيف للعقد الى ملك الغير وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير وهذا لان الاجارة تتجدد في ملك المعقود عليه بحسب مايحدث من المنفعة فان (قيل) فعلى هذا ينبغي أن تعمل الاجارة فيها من المورث (قلنا) انما لاتعمل اجارته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فما كان يعلم عند ذلك أن العقد مضاف الى محل حقه وهذا بخلاف النكاح لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت للوارث بملك رقبة الامة حق فيما هو حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح والطريق الآخر في موت المستأجر وهو أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث (ألا تري) ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن

المستعير مالك للمنفعة وفي حكم التوريث لافرق بين الملك ببدل وبغير بدل كالعين ولهذا لو
مات الموصى له بالخدمة تبطل الوصية لان المنفعة لاتورث والدليل عليه لوأوصى برقبة عبده
لانسان وبخدمته لآخر فرد الموصي له بالخدمة الوصية كانت الخدمة لصاحب الرقبة دون
ورثة الموصي لان المنفعة المجردة لا تورث وهذا لان الوارثة خلافة فلا يتصور ذلك الافيما
يبقى ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة
في حياة المستأجر لا تبقى والتي لاتحدث لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة
له ليخلفه الوارث فيهـا فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد فيه
كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لايخلفه فيه وفصل الارض المزورعة والسفينة
اذا كانت في لجة البحر فمات صاحب السفينة في القياس تبطل الاجارة فيهما ولكن في
الاستحسان لا تبطل للحاجة الى دفع الضرر فان مثل هذه الحاجة لاتعتبر لاثبات عقد الاجارة
ابتداء حتي لومضت والزرع بقل بعقد بينهما عقدت الاجارة الى وقت الادراك لدفع الضرر
فلأن يجوز ابقاء العقد لدفع هذا الضرر أولى والمستحسن من القياس لا يورد نقضا على القياس
اذا عرفنا هذا فنقول رجلان أجرا دارا ثم مات أحدهما فالعقد ينتقض في حصته فان رضي
الوارث وهو كبير أن تكون حصته على الاجارة ورضى به المستأجر فهو جائز لان هذا عقد
بينهما في حصته بالتراضي وذلك جائز وان كان مشاعا لانه يؤاجر من شريكه ففي نصيب
الحي منهما العقد باق لما بينا أن الشيوع الطارىء لا يرفع الاجارة لا زفر رحمه الله فانه سوى بين
الشيوع الطارىء والمقارن فقال بموت أحدهما تبطل الاجارة فيهما وكذلك لو مات أحد
المستأجرين فبطلان العقد في نصيب الآخر بيننا وبين زفر رحمه الله على الخلاف وقد بينا رواية
فيه عن أبي حنيفة رحمه الله كقول زفر رحمه الله فان تكاري دارا سنة على أن يعجل له الاجر
فسكن الدار شهرا فقال رب المنزل عجل لى الاجر كما شرطت عليك فأبى أن يعطيه فاراد
أن يخرجه قبل السنة (قال) يأخذه بالاجر حتى يعجله وليس له أن يخرجه حتى تمضى السنة لان
العقد لازم كالبيع والمشترى اذا امتنع من ايفاء الثمن فالبائع يطالبه به ولا يتمكن من فسخ
البيع لاجله فكذلك في الاجارة بعد شرط التعجيل يطالبه بالاجرة ولا يتمكن من فسخ الاجارة
لاجله واذا بنى المستأجر في الدار تنورا يخبز فيه باذن رب الدار أو بغير اذنه فاحترق بيت بعض
الجيران من تنوره أو بعض بيوت الدار فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب فان

اتخاذ التنور من توابع السكنى وللساكن أن يضعه في موضعه بغير اذن رب الدار ففعله في ذلك كفعل رب الدار فان تكاري منزلا شهرا بدرهم فسكنه أياما ثم خرج وتركه ولم يخبر رب المنزل حتى مضي الشهر فان خرج من غير عذر فعليه أجر بحساب ماسكن وان خرج من غير عذر فعليه أجر الشهر كله لان بخروجه بغير عذر لا تنفسخ الاجارة فبقى تمكنه من استيفاء المنفعة مع قيام العقد وان خرج بعذر فقد انفسخت الاجارة فلا أجر عليه الا لما مضى وهذا على رواية هذا الكتاب أن عند العذر ينفرد أحدهما بالفسخ من غير قضاء القاضى لان هذا في المعنى امتناع من الالتزام على ما بينا أن عقد الاجارة فى حكم المتجدد فى كل ساعة فاما على رواية الزيادات لا ينفسخ الا بقضاء القاضي بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض فعلى تلك الرواية عليه الأجر اذا خرج مالم يقض القاضى بالفسخ الا أن يساعده رب الدار على ذلك بان يسكن الدار بنفسه . رجل وكل رجلا أن يؤاجر منزله فاجره من ابن الموكل أو ابيه أو عبده أو مكاتبه فلما مضت الاجارة وطالبهم الوكيل بالأجر أبوا أن يعطوه فالاجر واجب عليهم الا عند الموكل فانه لا أجر عليه لان عقد الوكيل مع هؤلاء كعقد الموكل بنفسه وهو يستوجب الاجر لو عقد معهم بنفسه الا فى عبده خاصة فان المولى لا يستوجب على عبده دينا فكذلك اذا عقد وكيله وان كان المولى هو المستأجر ورب الدار عبده فلا أجر عليه أيضا اذا لم يكن على العبد دين لان كسبه لمولاه وان كان عليه دين فعلى المولى الأجر لان كسبه الآن لغرمائه وحقهم فيه مقدم على حق المولى فالمولى فيه كاجنبي آخر مالم يسقط الدين وان كان المستأجر ابن الوكيل أو أباه ففى قول أبى حنيفة رحمه الله لا تجوز الاجارة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله الاجارة جائزة والوكيل يطالب بالأجر وهذا نظير الوكيل بالبيع يبيع ممن لا تجوز شهادته له وقد بيناه فى البيوع وأن أجره الوكيل من أجنبي اجارة فاسدة فلا ضمان عليه لان الوكيل يضمن بالخلاف لا بفساد العقد فليس كل واحد كابى حنيفة رحمه الله يعرف الاسباب المفسدة للعقد وعلى المستأجر أجر مثل الدار لان الوكيل فيما باشره قائم مقام الموكل فكأن الموكل باشر العقد الفاسد بنفسه والوكيل هو الذى يستوفي لانه وجب بعقده. رجل دفع داره الى رجل يسكنها ويرمها ولا أجر لها فأجرها من رجل فانهدمت الدار من سكنى الآجر (قال) يضمن رب الدار المستاجر ويرجع المستأجر بذلك على الذى آجره لان رب الدار اعارها من المدفوع اليه وليس للمستعير أن يوأجر فكان

المستأجر غاصبا لها ضامنا لما انهدمت من سكناه ويرجع به على الذى آجره لانه مغرور من جهته بمباشرة عقد الضمان ولا يكون لرب الدار أن يضمن المؤاجر الا فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله بناء على غصب العقار. رجل وكل رجلا بأن يؤاجر منزلا له فوهبه الوكيل لرجل أو أعاره اياه فسكنه سنين ثم جاء صاحبه فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن لان كل واحد منهما غاصب فالوكيل فى الهبة والاعارة مخالف ولكن المنفعة لا تتقوم على الغاصب من غير عقد . رجل استأجر منزلا والمنزل مقفل فقال له رب المنزل خذ المفتاح وافتحه واسكنه ففتح الرجل المنزل وأعطى أجر الحداد لفتح القفل نصف درهم فليس له أن يرجع بما أعطى الحداد على رب المنزل لانه هو الذى التزمه بعقد الاجارة ولم يكن فيه مأمورا من جهة رب المنزل وان انكسر القفل من معالجة الحداد فالحداد ضامن لقيمته لانه بمنزلة الاجير المشترك فيكون ضامنا لما جنت يده ولا يضمن المستأجر القفل اذا عالجه بما يعالج مثله لان صاحب القفل قد أذن له فى فتحه وليس له عوض بمقابلة عمله في فتح القفل وكذلك ان عالجه الحداد علاجا خفيفا فانكسر يريد به اذا كان يعلم أن الانكسار لم يكن بفعله وهذا لان الاجير المشترك لا يضمن ما يتلف لا بعمله والله أعلم

باب اجارة الحمامات

(قال رحمه الله ذكر عن عمارة بن عقبة قال قدمت الى عثمان بن عفان رضي الله عنه وسألنى عن مالى فاخبرته أن لى غلمانا حجامين لهم غلة وحماما له غلة فكره لى غلة الحجامين وغلة الحمام وقد تقدم الكلام فى كسب الحجام فاما غلة الحمام فقد كرهه بعض العلماء رحمهم الله أخذا بظاهر الحديث) قالوا الحمام بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء لانهن منعن من الخروج وأمرن بالقرار فى البيوت واجتماعهن قل ما يخلو عن فتنة وقد روى أن نساء دخلن على عائشة رضي الله عنها فقالت انتن من اللاتى يدخلن الحمام وأمرت باخراجهن والصحيح عندنا أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة الى ذلك خصوصا فى ديارنا والحاجة فى حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال من الحيض والنفاس والجنابة ولا تتمكن من ذلك الا فى الانهار

والحياض كما يتمكن منه الرجل ولان المطلوب به معنى الزينة بازالة الدرن وحاجة النساء فيما يرجع الى الزينة أكثر وقد صح فى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتأويل ماروي من كراهة الدخول اذا كان مكشوف العورة فأما بعد الستر فلا بأس بدخول الحمام ولا كراهة في غلة الحمام كما لا كراهة فى غلة الدور والحوانيت واذا استأجر الرجل حماما مدة معلومة بأجر معلوم فهو جائز لانه عين منتفع به علي وجه مباح شرعا فان كان حماما للرجال وحماما للنساء وقد حددهما جميعا فسمى فى كتاب الاجارة حماما فهو فاسد فى القياس لانه انما استأجر حماما واحدا فان النكرة فى موضع الاثبات تخص ولا يدرى أيهما استأجر وهما يتفاوتان فى المقصود فتتمكن المنازعة بسبب هذه الجهالة ولكنى أدع القياس وأجيز له الحمامين جميعا لعرف اللسان فانه يقال حمام فلان وهما حمامان والمعروف بالعرف كالمشروط بالنص وعمارة الحمام فى صاروجه وحوضه ومسيل مائه واصلاح قدره على رب الحمام لان المنفعة المقصودة بالحمام لاتتم الا بهذه الاشياء وعلى المؤاجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذى هو مقصوده ولان المرجع فى هذا الى العرف وفى العرف صاحب الحمام هو الذى يحصل هذه الاعمال فان اشترط المرمة على المستأجر فسدت الاجارة لان المرمة علي الآجر فهذا شرط مخالف لمقتضي العقد ثم المشروط على المستأجر من ذلك أجره وهو مجهول القدار والجنس والصفة وجهالة الاجرة تفسد الاجارة ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم فى كل شهر لمرمته مع الاجرة واذن له أن ينفقها عليه فهو جائز لانه معلوم المقدار وقد جعله نائبا عن نفسه فى انفاقه علي ملكه فبهذا يستدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على أبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة كتاب البيوع اذا قال لمدينه أسلم مالى عليك فان هناك لم يبين له من يشترى منه مايرم به الحمام ومن يستأجره لذلك ومع هذا جوز التوكيل وكذلك ذكر بعد هذا فى اجارة الدواب لو أمره بانفاق بعض الاجرة علي الدابة علي علفها جاز ذلك وهما سواء حتى زعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن الجواب قولهما وفى القياس قول أبى حنيفة رحمه الله لايجوز ذلك والاصح أنه قول الكل وانما استحسن هنا أبو حنيفة رحمه الله للتيسير فالمستأجر للحمام يلحقه الحرج باستطلاع رأى صاحب الحمام عند كل مرة والمستأجر للدابة كذلك ثم قد عين له المحل الذى أمره بصرف الدين اليه فنزل ذلك منزله تعيين من يعامله كما لو أمر المدين بأن ينفق علي عياله من الدين الذى له عليه بخلاف

مسئلة السلم فان قال المستأجر قد أنفقتها عليه لم يصدق الا ببينته لان الأجر دين فى ذمته والمدين اذا ادعى قضاء الدين لا يقبل ذلك منه الا بحجة ويستحلف رب الحمام على عمله لانه لوأقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم وكذلك لو اشترط عليه انه أمين فى هذه النفقة وأن القول قوله فيها لم يكن القول قوله لان المدين ضامن ما في ذمته واشتراط كون الضامن أمينا مخالف لحكم الشرع فكان باطلا ولو جعلا بينهما رجلا يقبضها وينفقها على الحمام فقال المستأجر دفعتها اليه وكذبه رب الحمام فان أقر العدل بقبضها برئ المستأجر لانه وكيل رب الحمام في القبض فيصح منه الاقرار بالقبض ويجعل كاقرار الموكل بذلك فان رب الحمام حين سلطه على القبض فقد سلطه على الاخبار به ثم العدل أمين فيما يصل اليه فيكون القول قوله فيما يدعى من ضياع أو نفقة مع يمينه كالمودع وان كان العدل كفيلا بالأجر كان مثل المستأجر غير مؤتمن ولا يصدق لان الكفيل ضامن لما التزمه في ذمته كالأصيل وليس لرب الحمام أن يمنعه بئر الماء ومسيل ماء الحمام أو موضع سرقينه وان لم يشترط لان هذا من مرافقه ومجامعه ولا يتم الانتفاع الا به فكان تبعا والتبع يصير مذكورا بذكر الاصل فهو بمنزلة مدخل الحمام وفنائه يدخل فى العقد من غير شرط ولو اختلفا فى قدر الحمام فهى لرب الحمام لانها مركبة فى بنائه ولان الظاهر فيها يشهد لرب الحمام فان اتخاذ القدر واصلاحه عليه ولو أراد رب الحمام أن يقعد مع المستأجر أمينا يقبض عليه يوما بيوم لم يكن له ذلك لان المستأجر صار أحق بالانتفاع بتلك النفقة فليس لاحد أن يقعد معه فى ذلك الموضع بغير اذنه لانه ليس لرب الحمام من غلة الحمام شئ انما له أجر مسمى فى ذمة المستأجر فاما فى الغلة فهو وأجنبي آخر سواء ولو انقضت مدة الاجارة وفي الحمام سرقين كثيرا وادعاه كل واحد منهما فهو للمستأجر لانه منقول كسائر الامتعة ولان الظاهر فيه يشهد للمستأجر لان ذلك عليه دون رب الحمام ويؤمر بنقله لان موضعه مملوك لرب الحمام ولم يبق للمستأجر فيه حق فعليه أن يفرغ ملك الغير عن متاعه وكذلك فى الرماد اذا كان منتفعا به فقال كل واحد منهما هولى وأنا أنتفع به فالقول قول المستأجر فان أنكر المستأجر أن يكون الرماد من عمله فالقول قوله لان رب الحمام يدعي لنفسه قبله حقا وهو نقل ذلك الرماد ويفرغ ذلك الموضع منه فعليه أن يبينه بالبينة والقول قول المستأجر مع يمينه ولو اشترط عليه فى الاجارة نقل الرماد والسرقين والغسالة لم يفسد ذلك الاجارة

لان ذلك مستحق عليه بمطلق العقد سواء كان مسيل الماء ظاهرا أو مسقفا بخلاف البالوعة والكرياس وقد بينا الفرق واذا كان عليه بدون الشرط فلا يزيد بالشرط الاوكادة وان اشترط شيئا من ذلك على رب الحمام فى الاجارة فسدت الاجارة لانه شرط مفيد لاحد المتعاقدين ولا يقتضيه العقد وذلك مفسد للبيع فكذلك الاجارة ولو قال رب الحمام للمستأجر قد تركت لك أجر شهرين لرمة الحمام فهذا لا يفسد الاجارة لانه وكله بان ينفق ذلك القدر من دينه على حمامه فان قال قد أنفقتها لم يصدق الا ببينة وهو نظير ما بينا من العشرة في كل شهر واذا استأجر حمامين شهورا مسماة كل شهر بكذا فانهدم أحدهما قبل قبضهما فله أن يترك الباقى وان انهدم بعد قبضهما فالباقى له لازم بحصته من الأجر لان تمام الصفقة بقبض الحمام على ما بينا ان العين المنتفع بها تقام مقام المنفعة فى اضافة العقد اليه فكذلك فى اتمام الصفقة فى قبضه وتفريق الصفقة قبل التمام يثبت الخيار للعاقد وبعد التمام لا يثبت كما لو اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق كان له الخيار في الباقي بخلاف ما بعد القبض ولو استأجر بيتين فانهدم أحدهما بعد القبض فلا خيار له فى الباقى بخلاف ما قبل القبض ولو شرط عليه رب الحمام كل شهر عشرة طلاآت فالاجارة فاسدة لان النورة التى اشترط مجهولة لا يعرف مقدارها ولا مقدار ثمنها فى كل وقت وضم المجهول الى المعلوم يوجب جهالة الكل ولو استأجر حماما وعبدا وقبضهما فمات العبد لزمه الحمام بحصته لان المقصود هو الانتفاع بالحمام وبموت العبد لا تمكن فيه نقصان وقد بينا أن تفرق الصفقة بعد التمام لا يثبت للعاقد حق الفسخ وان انهدم الحمام وانما استأجر العبد ليقوم على الحمام فى عمله فله أن يترك العبد ان شاء لان استئجار العبد لم يكن مقصودا لعينه وانما كان لعمل الحمام وقد تعذر بانهدام الحمام فيكون ذلك عذرا له في فسخ الاجارة فى العبد كما استأجر الرحا مع الثور ليطحن به فانهدم الرحا فانه يكون له الخيار فى الثور لما قلنا بخلاف ما اذا استأجر حمامين فانهدم أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما مقصودا ومنفعة أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما اذ منفعة أحدهما غير متصلة بمنفعة الآخر واذا استأجر حماما واحدا فانهدم منه بيت قبل القبض أو بعده فله أن يتركه لان منفعة بعض بيوت الحمام متصل بالبعض وبعد ما انهدم بعض البيوت لا يتمكن من الانتفاع بالباقى من الوجه الذى كان متمكنا من قبل ولو أن رجلا دخل الحمام باجر وأعطى ثيابه لصاحب الحمام يحفظها له فضاعت لم يكن عليه ضمانها هكذا

روى عن شريح رحمه الله وهذا لان صاحب الحمام في الثياب أمين كالمودع فان ما يأخذه ليس بأجر على حفظ الثياب ولكنه غلة الحمام وانما حبس لجمع الغلة لا لحفظ ثياب الناس فلا يكون ضامنا فاما الثيابي وهو الذي يحفظ ثياب الناس بأجر فهو بمنزلة الاجير المشترك في الحفظ فلا ضمان عليه فيما سرق عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن وإن لبس انسان ثوب الغير بمرآ العين منه فلم يمنعه لأن ظنه صاحب الثوب فهو ضامن بالاتفاق ولانه مضيع تارك الحفظ ولا معتبر بظنه ولو دخل الحمام بدانق على أن ينوره صاحب الحمام فهو فاسد في القياس لجهالة قدر ما شرط عليه في النورة لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ولكنه ترك القياس فيه لانه عمل الناس وكذلك لو أعطاه فلسا علي أن يدخل الحمام فيغتسل فهو فاسد في القياس لجهالة مقدار مكثه ومقدار ما يصب من الماء ولكنه استحسن وجوزه لانه عمل الناس وقد استحسنوه وقد قال صلي الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان في اشتراط أعلام مقدار ذلك حرجا والحرج مدفوع شرعا . رجل استأجر حماما سنة بغير قدر واستأجر القدر من غيره فانكسرت القدر ولم يعمل في الحمام شهرا فلصاحب الحمام أجرة لانه سلم الحمام اليه كما التزمه بعقد الاجارة والمستأجر متمكن من الانتفاع بأن يستأجر قدرا آخر فعليه الاجر لرب الحمام بخلاف ما اذا كانت القدر لرب الحمام فانكسرت فان هناك المستأجر لا يتمكن من الانتفاع كما استحقه بعقد الاجارة مالم يصلح رب الحمام قدره ولا أجر لصاحب القدر من يوم انكسرت لزوال تمكنه من الانتفاع بالقدر ولا ضمان عليه في ذلك سواء انكسرت من عمله أو من غير عمله المعتاد ولانه أمين في القدر مسلط علي الاستعمال من جهة صاحب القدر والله أعلم

باب اجارة الراعي

(قال رحمه الله واذا استأجر راعيا يرعى له غنما معلومة مدة معلومة فهو جائز لان المعقود عليه معلوم مقدور التسليم ثم الراعي قد يكون أجير واحد وقد يكون مشتركا فان شرط عليه رب الغنم أن لا يرعي غنمه مع غنم غيره فهو جائز) لانه يجعله بهذا الشرط أجير واحد وتبين أن المعقود عليه منافعه في المدة والشرط الذي يبين المعقود عليه لا يزيد العقد الا وكادة فان مات منها شاة لم يضمنها لانه أمين فيما في يده من الغنم ولا ينقص من أجره بحسابها

لان المعقود عليه منافعه وبهلاك بعض الغنم لا تتمكن النقصان من منافعه ولا في تسليمها وليس له أن يرعى معها شيئا لان منافعه صارت مستحقة للأول فلا يملك ايجاب الحق فيها لغيره لان ذلك تصرف منه في ملك الغير ولو ضرب منها شاة ففقأ عينها كان ضامنا لانه لم يأذن له صاحبها بضربها فهو كما لو قتلها بضربته ولو سقاها من نهر فغرقت شاة منها لم يضمن لانه مأذون في سقيها وما تلف بالعمل المأذون فيه لا يضمن أجير الواحد كما في الدق وكذلك لو عطبت منها شاة في المرعى أو أكلها سبع وهو مصدق فيما هلك مع يمينه لانه أمين فيما في يده والقول قول الامين مع اليمين ولو هلك من الغنم نصفها أو أكثر كان له الاجر تاما ما دام يرعاها لان استحقاق الاجر بتسليم نفسه لذلك العمل ولهذا لو كان الراعي مشتركا يرعى لمن شاء على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ضامن لما يهلك بفعله من سياق أو سقي أو غير ذلك لان الاجير المشترك ضامن لما جنت يده وان لم يخالف في اقامة العمل ظاهرا كما في القصار اذا دق الثوب فتخرق وما هلك من غير فعله بموت أو سرقة من غير تضييع أو أكل سباع فلا ضمان عليه وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن بجميع ذلك الا الموت لانه لا يمكن الاحتراز عنه ولكنه لا يصدق على ما يدعيه من الموت الا ببينة تقام له على ذلك لان على أصلهما القبض في حق الاجير المشترك يوجب ضمان العين عليه فدعواه الموت بعد ذلك بمنزلة دعوى الرد من حيث أنه يدعي مايسقط الضمان به عن نفسه فلا يصدق في ذلك الا بحجة كالغاصب ولو شرط عليه في الاجارة ضمان ما هلك من فعله لم يفسد ذلك الاجارة لان ذلك عليه من غير شرط فلا يزيده الشرط الا وكادة وان شرط عليه ضمان ما مات فالاجارة فاسدة لان هذا الشرط مخالف لحكم الشرع ولانه يلتزم بهذا الشرط ماليس في وسعه وهو الحفظ عن الموت واشتراط ماليس في وسع العاقد في العقد مفسد للعقد وان شرط عليه الضمان فيما سرق من غير عمله أو يأكله السبع فعند أبي حنيفة رحمه الله يفسد العقد لانه شرط مخالف لحكم الشرع وعندهما لان ذلك عليه من غير شرط واذا كان الراعي أجير واحد فاشتراط هذا عليه مفسد للعقد لانه لاضمان عليه بدون الخلاف واشتراط الضمان على الامين باطل وبطلان الشرط يبطل عقد الاجارة واذا أتى الراعي المشترك بالغنم الى أهلها فأكل السبع منها شاة وهي في موضعها فلا ضمان عليه لانه بتسليمها الى أهلها يخرج من عهدتها ولان عليه عمل الرعي وقد انتهى ذلك حين أتى بها الى أهلها فلا ضمان عليه فيما يعطب

بعد ذلك وله أن يبعث الغنم مع غلامه وأجيره وولده بعد أن يكون كبيرا في عياله سواء كان مشتركا أو خاصا لان يد هؤلاء في الحفظ والرعى كيده وكذلك في الرد وهذا بالعرف فان الراعي يلتزم حفظ الغنم على الوجه الذي يحفظ غنم نفسه وذلك بيده تارة وبيد من في عياله تارة واذا استأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما فأراد الراعى أن يرعى لغيره بأجر فلرب الغنم أن يمنعه من ذلك لانه بدأ بذكر المدة وذكر المدة لتقدير المنفعة فيه فتبين أن المعقود عليه منافعه فيكون أجيراله خاصا فان لم يعلم رب الغنم بما فعله حتى رعى لغيره فله الاجر على الثاني ويطيب له ذلك ولا ينقص من أجر الاول شيء لانه قد حصل مقصود الاول بكماله وتحمل زيادة مشقة في الرعى لغيره فما يأخذ من الثاني عوض عمله فيكون طيبا له وقد تقدم نظيره في الظئر ولو كان يبطل من الشهر يوما أو يومين لا يرعاها حوسب بذلك من أجره سواء كان من مرض أو بطالة لانه يستحق الاجر بتسليم منافعه وذلك ينعدم في مدة البطالة سواء كان بعذر أو بغير عذر ولو سأل راعيا أن يرعى غنمه هذه بدراهم في الشهر أو قال شهرا فهو جائز وهو مشترك له أن يرعى لغيره لانه لما بدأ بذكر العمل بين مقدار عمله ببيان محله وهو الغنم عرفنا أن المعقود عليه العمل دون منافعه فيكون مشتركا سواء رعى لغيره أو لم يرع وان شرط عليه أن لا يرعى معها شيئا غيرها كان جائزا وكان بمنزلة الباب الاول في أنه أجير واحد لانا انما جعلناه مشتركا استدلالا بالبداية بذكر العمل وسقط اعتبار هذا الاستدلال اذا صرح بخلافه بالشرط ولو دفع اليه غنمه يرعاها على أن أجره ألبانها وأصوافها فهو فاسد لانه مجهول واعلام الاجر لا بد منه لصحة الاجارة وان اشترط عليه جبنا معلوما وسمنا لنفسه وما بقي بعد ذلك للراعى فهو كله فاسد والراعى ضامن لما أصاب من ذلك لانه يتناول ملك الغير فان الزيادة المنفصلة تملك بملك الاصل وله أجر مثله لانه أقام العمل بعقد فاسد ولو أن راعيا مشتركا خلط غنما للناس بعضا ببعض ولم يعرف ذلك أهلها فالقول فيه قول الراعى مع يمينه لانها في يده والقول في تعيين المقبوض قول القابض أمينا كان أو ضمينا كالمودع مع الغاصب فان قال لا أعرفها فهو ضامن لقيمة الغنم كلها لاهلها لان الخلط على وجه يتعذر معه التمييز استهلاك فان كل واحد منهم لا يقدر على الوصول الى عين ملكه وبمثل هذا الخلط يكون الراعى ضامنا وتكون الغنم له بالضمان والقول قوله في قيمتها يوم خلطها لان الضمان عليه فالقول في مقداره قوله مع يمينه كالغاصب وان كان الراعى مشتركا يرعى في الجبال فاشترط عليه صاحب الغنم أن يأتيه

بسمة مايموت منها والا فهو ضامن فهذا الشرط غير معتبر لانها قد تموت في موضع لا يمكنه أن يأتي بسمتها وقد يفتعل فيما يأتي من السمة بأن يأكل بعض الغنم ثم يأتي بسمته ويقول قدمات فان السمة لاتختلف بالذبح والموت فعرفنا أن هذا الشرط غير مفيد ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله القول قوله وان لم يأت بالسمة لانه أمين في العين عنده وعندهما هو ضامن وان أتى بالسمة الا أن يقيم البينة على الموت ولا يسع المصدق أن يصدق غنما مع الراعي حتي يحضر صاحبها لان المصدق يأخذ الزكاة والزكاة تجب على المالك ويتأدى بأدائه ونيته والراعي في ذلك ليس بنائب عنه فان أخذ المصدق الزكاة من الراعي فلا ضمان على الراعي في ذلك لان الراعي لايتمكن من أن يمنع المصدق من ذلك فهو في حقه بمنزلة الموت وان خاف الراعي على شاة منها فذبحها فهو ضامن لقيمتها يوم ذبحها لان صاحبها لم يأمره بذبحها بل منعه من ذلك وان اختلفا في عدة ماسلمه الى الراعي فالقول قول الراعي لانكاره قبض الزيادة والبينة بينة صاحب الغنم لاثباته الزيادة ببينته ثم يكون ضامنا للفضل بجحوده وليس للراعي أن يسقي من ألبان الغنم ولا يأكل ولا يبيع ولا يقرض لانه مأمور بالرعي وهذا ليس من عمل الرعي فهو فيه كسائر الاجانب فيكون ضامنا ان فعل شيئا من ذلك ولو أن رب الغنم باع نصف غنمه فان كان استأجر الراعي شهرا على أن يرعى له لم يحطه من الاجر شئ لان المعقود عليه منافعه وانما يستوجب الاجر بتسليم نفسه في المدة ولو أراد رب الغنم أن يزيد في الغنم مايطيق الراعي كان له ذلك لانه مالك لمنافعه في المدة فهو بمنزلة عبده في ذلك يستعمله في ذلك العمل بقدر طاقته وان استأجر شهرا يرعى له هذه الغنم بأعيانها لم يكن له أن يزيد فيها بالقياس لان التعيين اذا كان مفيدا يجب اعتباره والتعيين في حق الراعي مفيد لان المشقة عليه تختلف باختلاف عدد الغنم فهو ما التزم الارعى ماعينه عند العقد فلا يكون لرب الغنم أن يكلفه شيئا آخر كما لا يكون له أن يكلفه عملا آخر ولكنه استحسن فقال له أن يكلفه من ذلك بقدر طاقته لان المعقود عليه منافعه فانه بدأ بذكر المدة وتعيينه الاغنام لبيان المقصد من تملك منافعه بالاجارة لا لقصر حكم العقد عليه فاذا بقيت منافعه بعد هذا التعيين مستحقة لرب الغنم كان له أن يكلفه في ذلك بقدر طاقته ولكن لا يكلف عملا آخر لانه تبين مقصوده عند العقد وهو الرعي فما ليس من عمل الرعي لا يكون داخلا في حكم العقد ثم قال أرأيت لو ولدت الغنم أما كان عليه أن يرعي أولادها معها والقياس والاستحسان فيهما لان الولد بعد الانفصال

كشاة أخري ولكن من عادته الاستشهاد بالاوضح فالاوضح ولو لم يستأجره شهرا ولكنه
دفع اليه غنما مسماة على أن يرعى له كل شهر بدرهم لم يكن له أن يزيد فيها شاة لان المعقود عليه
هنا عمل الرعى وانما التزم اقامة الكل فى المحل الذى عينه فليس له أن يكلفه فوق ذلك وان باع
منها طائفة فانه ينقصه من الاجر بحساب ذلك لان المعقود عليه لما كان هو العمل فانما يستوجب
الاجر بقدر ما يقيم من العمل كالخياط والقصار واذا ولدت الغنم لم يكن له عليه أن يرعى أولادها
معها لان الولد بعد الانفصال في عمل الرعى كشاة أخرى فان كان اشترط عليه حين دفع
الغنم اليه أن يولدها ويرعى أولادها معها فهو فاسد في القياس لان المعقود عليه هو العمل
فلا بد من اعلامه واعلامه ببيان محله وهنا محل العمل مجهول لانه لا يدرى ما تلد منها وكم تلد
وجهالة المعقود عليه مفسدة للعقد ولكنه استحسن ذلك فأجازه لانه عمل الناس ولان هذه
الجهالة لا تفضي الى المنازعة بينهما والجهالة بعينها لا تفسد العقد فكل جهالة لا تفضي الى المنازعة
فهى لا تؤثر في العقد والابل والبقر والخيل والحمير والبغال فى جميع ما ذكرنا كالغنم وليس للراعى
ان ينزى على شئ منها بغير أمر ربها لان ذلك ليس من عمل الراعى فهو فيه كالاجنبي ضامن
لما يعطب منها ان فعله ولو لم يفعله الراعى ولكن الفحل الذى فيها نزى علي بعضها فعطب فلا
ضمان علي الرعى فى ذلك لان صاحب الغنم قد رضي بذلك حين خلط الفحل بالاناث من
غنمه والراعى لا يمكنه المنع من ذلك فلا ضمان عليه في ذلك ولو ندت واحدة منها فخاف الراعى
ان باع ماندمنها أن يضيع ما بقى فهو فى سعة في ترك ماندمنها لانه ابتلى ببليتين فيختار أهونهما ولانه
لو باع ماندمنها كان مضيعا لما بقى ولا يعلم أنه هل يقدر على أخذ ماندأ ولا يقدر وليس له أن
يضيع مافي يده فلهذا كان فى سعة من ذلك ولا ضمان عليه فيما ندفي قول أبى حنيفة رحمه الله لانه
ضاع بغير فعله وهو فى ترك اتباعه مقبل على حفظ ما بقى وليس بمضيع لماند وهو ضامن في قول
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه تلف بما يمكن التحرز عنه فى الجملة وان استأجر من يجيء
بتلك الواحدة فهو متطوع في ذلك كغيره من الناس لان صاحبها لم يأمره بالاستئجار وكذلك
ان تفرقت فرقا فلم يقدر على اتباعها كلها فأقبل علي فرقة منها وترك ما سواها فهو فى سعة من
ذلك لانه اقبال على حفظ ما هو متمكن من حفظه فهذا وما تقدم سواء فان كان الراعى
أجيرا مشتركا فرعاها فى بلد فعطبت فقال صاحبها إنما اشترطت عليك أن ترعاها فى موضع غير
ذلك وقال الراعى بل شرطت على هذا الموضع فالقول قول رب السائمة لان الاذن يستفاد

من جهته ولو أنكره أصلا كان القول قوله مع يمينه والبينة بينة الراعى لانه يثبت الاذن فى هذا الموضع ببينته ثم لا يضمن فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما هو ضامن الا أن يقيم البينة على الموت وان كان أجيرا خاصا لم يضمن فى قولهم جميعا الا أن يخالف ولا أجر للراعى اذا خالف بعد أن تعطب الغنم لانه غاصب ضامن وبالضمان يملك المضمون من وقت وجوب الضمان فيتبين أنه فى الرعي كان عاملا لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره فان سلمت الغنم استحسنت أن أجعل له الاجر لحصول مقصود رب الغنم وهو الرعى مع سلامة أغنامه وهو بتعيين ذلك المكان ماقصد الا هذا فاذا حصل له هذا بعينه فى مكان وجب عليه الاجر والله أعلم

باب اجارة المتاع

(قال رحمه الله واذا استاجر ثوبا ليلبسه يوما الى الليل بأجر مسمى فهو جائز لانه عين منتفع به بطريق مباح وليس له أن يلبسه غيره) لان المعقود عليه لبسه بنفسه وهذا لان التعيين متى أفاد اعتبر وهذا تعيين مفيد لان الناس يتفاوتون فى لبس الثياب فلبس الدباغ والقصار لا يكون كلبس العطار بخلاف سكنى الدار فالناس لا يتفاوتون فى ذلك فان أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان أصابه شئ لانه غاصب في الباسه غيره وان لم يصبه شئ فلا أجر له لان المعقود عليه ما يصير مستوفى بلبسه فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البدل (ألا ترى) أنه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر ولبسه لم يلزمه الاجر فكذلك اذا ألبس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللابس كتعيين الملبوس (فان قيل) هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك يكفى لوجوب الاجر عليه كما لو وضعه فى بيته ولم يلبسه (قلنا) تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده واذا وضعه فى بيته فيده عليه معتبرة ولهذا لو هلك لم يضمن فاما اذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما (ألا ترى) أنه ضامن وان هلك من غير اللبس وان يد اللابس عليه يد معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون الا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الاجر وان سلم وان استأجره ليلبس يوما الى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس فكما أن ترك التعيين فى الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس (وهذه جهالة) تفضى الى المنازعة لان صاحب

الثوب يطالبه بالباس أرفق الناس فى اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس الأخشن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا نصح التسمية مع فساد العقدوان اختصما فيه قبل اللبس فسدت الاجارة وان لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه الى الليل فهو جائز وعليه الأجر استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم مايعمل عليها فعمل عليها الى الليل فعليه المسمى استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل لانه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد * وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التى تفضى الى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لان الجهالة فى المعقود عليه وعقد الاجارة فى حق المعقود عليه كالمضاف فانما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الأجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لانه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الاول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بالباس غيره واذا استأجر قميصا ليلبسه يوما الى الليل فوضعه فى منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه ومازاد على ذلك ليس فى وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضي المدة والاذن فى اللبس كان بحكم العقد فلا يبقى بعد انتهاء العقد وان ارتدى به يوما الى الليل كان عليه الاجر كاملا لان هذا لبس ولكنه غير تام فان المقصود بالقميص ستر البدن به وبهذا الطريق يحصل بعض الستر وان اتزر به الى الليل فهو ضامن ان تخرق لان الاتزار بالقميص غير معتاد ومطلق التسمية انما تمكن من اللبس المعتاد فكان غاصبا اذا اتزر به ضامنا ان تخرق بخلاف ما اذا ارتدى به فان ذلك معتاد فى بعض الاوقات * توضيحه ان الاتزار مفسد للقميص فما أتى به أضر بالثوب مما يتناوله العقد والاتزار غير مفسد بل ضرره كضرر اللبس أودونه وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفى القياس لا أجر عليه لانه مخالف ضامن والضمان والاجر لا يجتمعان كما لو ألبسه غيره * وجه الاستحسان أنه متمكن من استيفاء المعقود عليه باعتبار يده وانما كان ضامنا بزيادة ضرر مفسد للثوب فيبقى الاجر عليه لتمكنه من استيفاء المعقود عليه بخلاف ما اذا تخرق فهناك لما تقرر عليه الضمان ملك الثوب من حين ضمنه ولا يجب الاجر عليه في ملك نفسه واذا سلم فهو لم يملك

الثوب فيلزمه الاجر لتمكنه من الاستيفاء واذا استأجرت المرأة درعا لتلبسه ثلاثة أيام فلها
أن تلبسه بالنهار وفي أول الليل وآخره ما يلبس الناس لان مطلق التسمية ينصرف الى المعتاد
في لبس الثوب الصيانة بالنهار ومن أول الليل الي وقت النوم ومن آخر الليل أيضا فقد
يبكرون خصوصا عند طول الليالي وان لبست الليل كله فهي ضامنة لانها خالفت فان
ثوب الصيانة لاينام فيه عادة وهو مفسد للثوب فتكون ضامنة ان تخرق بالليل وان تخرق
من لبسها في غير الليل فلا ضمان عليها لان الخلاف قد ارتفع بمجيء النهار وانما كانت ضامنة
بالخلاف لا بالامساك فان لها أن تمسك الثوب الي انتهاء المدة والامين اذا ضمن بالخلاف
عاد أمينا بترك الخلاف كالمودع اذا خالف ثم عاد الي الوفاق فان تخرق من لبسها بالليل فهي
ضامنة وليس عليها أجر في تلك الساعة التي تخرق فيها الثوب وعليها الاجر فيما كان قبل ذلك
وبعده لانها مستوفية للمعقود عليه وان سلم ولم يتخرق فعليها الاجر كله لاستيفاء جميع المعقود
عليه وهذا لان الضمان لا ينافي العقد ابتداء وبقاء واذا بقي العقد تحقق منها استيفاء المعقود
عليه فعليها الاجر الا في الساعة التي ضمنت بالتخرق لانها في تلك الساعة غاصبة عاملة لنفسها
ولهذا تقرر عليها الضمان وان كان الدرع ليس بدرع الصيانة انما هو درع بذلة ينام في مثله
فلا ضمان عليه ان نامت فيه وعليها الاجر لان بمطلق العقد يستحق ماهو المعتاد والنوم في
مثله معتاد فلا تكون به مخالفة وان كانت استأجرته لتخرج تخرج فيه يوما بدرهم فلبسته في
بيتها فعليها الاجر لانها استوفت المعقود عليه ولبسها في بيتها ولبسها اذا خرجت سواء وربما
يكون لبسها في بيتها أخف وكذلك لو لم تلبس ولم تخرج لانها تمكنت من استيفاء المعقود
عليه ولو ضاع الدرع منها ذلك اليوم ثم وجدته بعد ذلك فلا أجر عليها اذا صدقها رب الثوب
لانها لم تكن متمكنة من اللبس بعد ما ضاع الدرع منها وان لبسته في اليوم الثاني ضمنته
لانتهاء العقد بمضي المدة وان كذبها رب الدرع فان كان الثوب في يدها حين اختلفا فالقول
قول رب الدرع لان تمكنها من اللبس في الحال دليل على أنها كانت متمكنة منه فيما مضي
ولان تسليمه الثوب اليها تمكين لها من لبسه وذلك أمر ظاهر وما تدعيه من الضياع عارض
غير ظاهر فعليها أن تبينه بالبينة والقول قول رب الدرع لانكاره مع يمينه على علمه لانه يحلف
على الضياع من يد غيره ولا طريق له الا معرفة حقيقة ذلك فيحلف على علمه وان سرق
منها أو تخرق من لبسها فلا ضمان عليها وكذلك لو أصابه أقرض فأر و حرق نار أو لحس

سوس والحاصل أن المستأجر فى العين أمين لان يده كيد المالك فانه يتقرر حق المالك في الاجر باعتبار يده ولهذا لوأصابه عهده رجع به على الا خر فكان أمينا فيه كالمودع بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمنه فانه في الحفظ عامل لنفسه فانه يتمكن به ماتقرر حقه فى الاجر فكان ضامنا ولوأمرت خادمها أو ابنتها فلبسته فتخرق كانت ضامنة كما لو ألبست أجنبية أخرى ولا أجر عليها وان سلم الثوب بعد أن صدقها رب الثوب وان كذبها فالقول قول رب الثوب مع يمينه على علمه وان أجرته ممن تلبسه بفضل أو نقصان فهى ضامنة للخلاف والاجر لها بالضمان وعليها التصدق به الا عنـد أبى يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو لبسه خادمها أو ابنتها بغـير أمرها فلا ضمان عليها بمنزلة مالو غصبه انسان والاجر عليها ولا ضمان عليها لانها لم تخالف ولم تخرق من لبس الخادم كان الضمان في عنق الخادم لانها غاصبة وضمان الغصب يجب دينا فى عنق المملوك ولو استأجر قبة لينصبها فى بيته وبيت فيها شهرا فهو جائز لان القبة من المساكن فان قيل لا يمكن استيفاء المعقود عليه الا بما لم يتناوله العقد وهو الارض التى ينصب فيها القبة وذلك يمنع الاجارة كما لو استأجر أحد زوجى المقراض لقرض الثياب قلنا المعتبر كون العين منتفعا به وأن يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وذلك موجود فالانسان لا يعدم الارض لينصب فيها القبـة ولان المقصود بالقبة الاستظلال ودفع أذى الحر والبرد والمطر وذلك بالمعقود عليه دون الارض وان لم يسم البيوت التى ينصبها فيها فالعقد جائز أيضا لان ذلك لا يختلف باختلاف البيوت وترك تعيين غير مفيد لا يفسد العقد وان سمى بيتا فنصبها من غيره فهو جائز وعليه الاجر لان هذا تعيين غير مفيد فالضرر لا يختلف باختلاف البيوت فان نصبها في الشمس أو المطر كان عليها فى ذلك ضرر فهو ضامن لما أصابها من ذلك لانه مخالف فالشمس تحرقها والمطر يفسدها وانما رضى صاحبها بنصبها فى البيت ليأمن من ذلك واذا وجب عليه الضمان بطل الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان ولانه تملكها بالضمان من حين ضمن وان سلمت القبة كان عليه الاجر استحسانا لانه استوفى المعقود عليه حين استظل بالقبة وانما كان ضامنا باعتبار زيادة الضرر فاذا سلمت سقط اعتبار تلك الزيادة فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه ولو شرط أن ينصبها فى داره فنصبها فى دار فى قبيلة أخرى فى ذلك المصر فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان هذا تعيين غـير مفيد وليس له أن يخرجها من المصر لان فيه الزام مؤنة على صاحبها وهو مؤنة الرد وهو لم يلتزم ذلك فان أخرجها الى السواد فنصبها فسلمت أو انكسرت

فلا أجر عليه لانه غاصب حين أخرجها من المصر (ألاترى) انه لو وجب الاجر كان مؤنة الرد على صاحب القبة وهو غير ملتزم لذلك فجعلناه غاصبا ضامنا لتكون مؤنة الرد عليه فلهذا لاأجر عليه واذا استأجر رحا يطحن عليه فحمله فذهب به الى منزله فلما فرغ منه فمؤنة الرد على صاحب الرحا ولو كانت ذلك عارية كانت مؤنة الرد على المستعير لان الرد فسخ لعمل النقل فانما تجب المؤنة على من حصل له منفعة النقل ومنفعة النقل فى العارية للمستعير فمؤنة الرد عليه وفى الاجارة على رب الرحا لان بالنقل يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وبه يجب الاجر لرب الرحا فلهذا كانت مؤنة الرد عليه واذا استأجر منه عبدان حجلة أو كسوتها مدة معلومة جاز لانه عين منتفع به *والحاصل ان كل عين منتفع به معتاد الاستئجار فيه صحيح وعلى هذا استئجار البسط والوسائد والصناديق والسرر والقدور والقصاع ولو استأجر منه قدورا بغير عينها لم يجز لان المعقود عليه مجهول فان القدور مختلفة فى الصغر والكبر والانتفاع بها بحسبها فان جاءه بقدر فقبله على الكراء الاول فهو جائز والاجر له لازم اما لان التعيين فى الانتهاء كالتعيين فى الابتداء أو لان الاجارة تنعقد بالتعاطى كالبيع وكذلك لو استأجر منه ستورا يعلقها على بابه وقتا معلوما ولو كفل كفيل بشئ من هذه الامتعة الاجر عن المستأجر فالكفالة باطلة لان العين أمانة فى يد المستأجر والكفالة بالامانات لا تصح والاجارة جائزة لان الكفالة لم تكن مشروطة فيه وان أعطاه بالاجر كفيلا فهو جائز لانه مضمون فى ذمة المستأجر وعلى هذا لو استأجر ميزانا ليزن به والسنجات والقبان والمكاييل فهذا كله متعارف جائز وان استأجر سرجا ليركبه شهرا فأعطاه غيره فركبه فهو ضامن لان هذا مما يختلف فيه الناس فمن يحسن الركوب على السرج لا يضر به ركوبه ومن لا يحسن الركوب عليه يضر به ركوبه واذا اعتبر التعيين كان ضامنا بالخلاف ولا أجر عليه واذا استأجر إكافا ينقل عليه حنطته شهرا فهو جائز وحنطته وحنطة غيره سواء والجوالق كذلك لان هنا تعيين غير مفيد وكذلك استئجار المحمل الى مكة وكذلك الرجل يستأجره ليركب عليه فهو جائز وليس له أن يحمل غيره عليه فان فعل فهو ضامن ان أصابه شئ للتفاوت بين الناس فى الاضرار بالرجل عند الركوب عليه وكذلك الفسطاط يستأجره ليخرج به الى مكة فان أسرج فى الخيمة أو الفسطاط أو القبة أو علق فيه القنديل فلا ضمان عليه لان ذلك معتاد وقد بينا أنه يستحق بمطلق العقد الاستعمال المعتاد وان اتخذ فيه مطبخا فهو ضامن لانه غير معتاد الا أن يكون ذلك معدا لذلك العمل وذكر عن الحسن

رحمه الله قال لا بأس بأن يستأجر الرجل حلي الذهب بالذهب وحلي الفضة بالفضة وبه نأخذ فان البدل بمقابلة منفعة الحلي دون العين ولاربا بين المنفعة وبين الذهب والفضة ثم الحلي عين منتفع به واستئجاره معتادفيجوز واذا شرطت أن تلبسه فالبست غيرها ضمنت ولا أجر عليها كما في الثياب لان الضرر على الحلي عند اللبس يختلف باختلاف اللابس وان قال رب الحلي أنت لبستيه وقد هلك الحلي فقد أبرأها من الضمان والضمان واجب له فقوله مقبول في اسقاطه ويكون له عليها الأجر لان الظاهر شاهد لرب الحلي وقد أقرت هي أن الحلي كان عندها وذلك يوجب الأجر عليها ولو استأجرته يوما الى الليل فان بدالها فحبسته فلم ترده عشرة أيام فالاجارة عشرة أيام فالاجارة على هذا الشرط فاسدة في القياس لجهالة المعقود عليه أولتعلق العقد بالخطر فيما بعد اليوم وهو أن يبدو لها وتعليق الاجارة بالخطر لايجوز ولكني أستحسن وأجيزها وأجعل عليها الاجر كل يوم بحسابه لان هذا الشرط متعارف محتاج اليه فانها اذا خرجت الى وليمة أوعرس لاتدرى كم تبقى هناك فتحتاج الى هذا الشرط لدفع الضرر والضمان عن نفسها ثم قد بينا أن وجوب الأجر عليها عند الاستعمال والخطر قبل ذلك فيزول ذلك عند استعمالها فلهذا يلزمها الاجر لكل يوم تحبسه فيه والله أعلم

باب اجارة الدواب

(قال رحمه الله واذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم بأجر مسمى فهو جائز وليس له أن يحمل عليها غيره) لان هذا تعيين مفيد فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة وليس ذلك من قبل الثقل والخفة بل من قبل العلم والجهل فالثقيل الذى يحسن ركوب الدابة يروضها ركوبه والخفيف الذى لا يحسن ركوبها يعقرها ركوبه فان حمل عليها غيره فهو ضامن ولا أجر عليه لانه غاصب غير مستوف للمعقود عليه على ماقررنا في الثوب وان ركب وحمل معه آخر فسلمت فعليه الكراء كله لانه استوفى المعقود عليه بكماله وزاد فاذا سلمت سقط اعتبار الزيادة فعليه كمال الاجر لاستيفاء المعقود عليه وان عطبت بعد بلوغها المكان من ذلك الوقت فعليه الاجر كله لاستيفاء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره أولا يردف ووجوب الاجر باعتبار ركوبه وعليه ضمان نصف القيمة لانه خالف حين أردف وشغل نصف الدابة بغيره فبحسب ذلك يكون ضامنا وهذا اذا كانت الدابة تطيق اثنين فان كان

يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها وأما اذا كانت تطيق فالتلف حصل بركوبه وهو مأذون فيه وبركوب غيره وهو غير ماذون فيه فيتوزع الضمان على ذلك نصفين وسواء كان الرجل الآخر أثقل منه أو أخف (قال) لانه لا يوزن لرجل فى القبان فى هذا أرأيت لو كان يوزن أيوزن قبل الطعام أو بعده أو قبل الخلا أو بعده والمعنى ما بينا أن الضرر على الدابة ليس من ثقل الراكب وخفته فلهذا يوزع الضمان نصفين (فان قيل) حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة فقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغى أن لا يلزمه نصف الاجر (قلنا) هو بهذا الضمان لا يملك شيئا مما يشغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ماشغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه واذا استأجرها الى الجبانة أو الجنازة أو ليشيع عليها رجلا أو يتلقاه فهو فاسد الا أن يسمى موضعا معلوما لان المعقود عليه منفعة الركوب وذلك تتفاوت بحسب المسافة فاذا سمى موضعا معلوما صار مقدار المعقود عليه به معلوما والا فهو مجهول لا يصير معلوما ما ذكره من التشييع أو التلقي وان تكاراها من بلد الى الكوفة ليركبها فله أن يبلغ عليها منزله بالكوفة استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه لما دخل انتهى العقد لوجود الغاية فليس له أن يركبها بعد ذلك بدون اذن صاحبها ولكنه استحسن للعرف فالظاهر أنه يتبلغ المستأجر على الدابة التى تكاراها فى الطريق الى منزله ولا يتكارى لذلك دابة أخرى والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص (ألا ترى) أن الورام المعتاد فى بعض الاشياء يسمى بالعرف فكذلك هذه الزيادة ورام الطريق فى الاجارة فيستحق بالعرف وكذلك لو استأجرها ليحمل متاعا فان حط المتاع في ناحية من الكوفة وقال هذا منزلى فاذا هو أخطأ فأراد أن يحمله ثانية الى منزله فليس له ذلك لان المستحق بالعرف قد انتهى حين حط رحله وقال هذا منزلى فبعد ذلك هو مدعى فى قوله قد أخطأت فلا يقبل قوله ولان الورام كان مستحقا له لكيلا يحتاج الى حط رحله ونقله الى دابة أخرى وقد زال ذلك المعنى حين حط رحله وكذلك لو تكارى حمارا من الكوفة يركبه الى الحيرة ذاهبا وجائيا فله أن يبلغ عليه الى أهله بالكوفة اذا رجع كما لو تكارى من الكوفة الى الحيرة فأما اذا تكاري دابة بالكوفة من موضع كانت فيه الدابة الى الكناسة ذاهبا وجائيا فأراد أن يتبلغ فى رجعته الى أهله لم يكن له ذلك وانما له أن يرجع الى الموضع الذى تكارى عند الدابة لان الاستحسان فى الفصل الاول كان للعرف ولا عرف فيما تكاراها فى المصر من موضع الى موضع فيؤخذ

فيه بالقياس وربما يكون من ذلك الموضع الى منزله من المسافة مثل ماسمى أو أكثر ولا يستحق على سبيل الورام مثل المسمى في العقد أو فوقه فيقال له كما اكتريت من هذا الموضع الي الموضع الذى سميت فأكثر الدابة من هذا الموضع الي منزلك وان استأجرها الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصموا رددت الاجارة لجهالة المعقود عليه وان حمل عليها أو ركبها الى ذلك المكان فعليه المسمى استحسانا لان التعيين فى الانتهاء كالتعيين في الابتداء وقد قررنا هذا فى الثوب وكذلك لو استأجر عبدا ولم يسم ماستأجره له واذا سمى مايحمل علي الدابة فحمل عليها غير ذلك فهذه المسئلة على أربعة أوجه وقد بيناها فى كتاب العارية فالاجارة في ذلك كله قياس العارية الا أن فى كل موضع ذكرنا هناك أنه لا يصير ضامنا فالاجر واجب عليه هنا وفي كل موضع ذكرنا هناك أنه يكون ضامنا فلا أجر عليه هنا لانه غاصب غير مستوف للمعقود عليه فان المقصود عليه يختلف باختلاف المحمول وان اختلفا فقال رب الدابة أكريتك من الكوفة الى القصر بعشرة دراهم وقال المستأجر الى بغداد بعشرة دراهم ولم يركبها تحالفا وترادا لان الاجارة فى احتمال الفسخ قبل استيفاء المنفعة كالبيع فالنص الوارد بالتحالف فى البيع يكون واردا فى الاجارة وان أقام البينة ففي قول أبى حنيفة الاول رحمه الله يقضى بالكوفة الى بغداد بخمسة عشر درهما وهو قول زفر رحمه الله ثم رجع وقال الى بغداد بعشرة دراهم وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله * وجه قوله الأول أن رب الدابة أثبت ببينته العقد من الكوفة الى القصر بعشرة دراهم فوجب القضاء بذلك ببينته والمستأجر ببينته أثبت العقد من القصر الى بغداد بخمسة دراهم فوجب قبول بينته على ذلك فاذا عملنا بالبينتين كانت له من الكوفة الى بغداد بخمسة عشر درهما * وجه قوله الآخر أنهما اتفقا علي مقدار الأجر وانما اختلفا فى مقدار المعقود عليه فالمستأجر يثبت الزيادة فى ذلك فكانت بينته أولى بالقبول كما لو أقام المستأجر البينة أنه زاده عقبه الاجير فى الكراء الى مكة وان تكارى دابة بسرج ليركب عليها فحمل عليها إكافا فركبها فهو ضامن بقدر ما زاد وفى الجامع الصغير قال هو ضامن جميع قيمتها في قول أبي حنيفة رحمه الله وفى قولهما يضمن بقدر مازاد * وجه قولهما أن الحمار يركب تارة بسرج وتارة بإكاف والتفاوت بينهما من حيث الثقل والخفة ما كان فى كل واحد منهما عادة وفى مثله الضمان بقدر الزيادة كما لو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما وأبو حنيفة رحمه الله

نقول الاختلاف هنا فى الجنس من حيث أن الإكاف يأخذ من ظهر الحمار الموضع الذى
لا يأخذه السرج فهو نظير مالو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها تبنا أو حطبا وتوضيحه
أن التفاوت ليس من حيث الثقل والخفة ولكن لان الحمار الذي لا يألف الإكاف يضره
الركوب بإكاف وربما يجرحه ذلك فيكون مخالفا فى الكل كما لو حمل عليها مثل وزن الحنطة
حديدا وكذلك لو نزع عن الحمار سرجه وأسرجه بسرج برذون لا تسرج بمثله الحمير فهو
بمنزلة الإكاف وان أسرجه بسرج مثله أو أخف لم يضمن لان التعيين اذا لم يكن مفيدا فلا
يعتبر وكذلك ان استأجره بإكاف فاوكفه بإكاف مثله أو أسرجه مكان الإكاف لان
السرج أخف على الحمار من الإكاف فلا يكون خلافا منه ولو تكارى حمارا عريانا فأسرجه
ثم ركبه فهو ضامن له لانه حمل عليه السرج بغير اذن صاحبه فكان مخالفا فى ذلك قال مشايخنا
رحمهم الله وهذا على أوجه فان استأجره من بلد الى بلد لم يضمن اذا أسرجه لان الحمار لا يركب
من بلد الى بلد عادة الا بسرج أو إكاف والثابت بالعرف كالثابت بالشرط وان استأجره
ليركبه في المصر فان كان من ذوى الهيئات فكذلك الجواب لان مثله لا يركب في المصر
عريانا وان كان من العوام الذين يركبون الحمار فى المصر عريانا فحينئذ يكون ضامنا اذا أسرجه
بغير شرط واذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فجاوز بها ذلك المكان ثم رجع فعطبت
الدابة فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة الاول رحمه الله ثم رجع فقال هو ضامن مالم
يدفعها الى صاحبها وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله * وجه قوله الاول أنه كان أمينا
فيها فاذا ضمن بالخلاف ثم عاد الى الوفاق عاد أمينا كالمودع * وجه قوله الآخر أنه بعد ما صار
ضامنا بالخلاف لا يبرأ الا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد المستأجر
يد نفسه لانه يمسكها لمنفعة نفسه كالمستعير فلا تكون يده قائمة مقام يد المالك فلا تبرأ عن
الضمان وان عاد الى ذلك المكان لانه ينتفع بها لنفسه فى ذلك المكان بخلاف المودع فهناك يده
قائمة مقام يد المالك وقد طعن عيسى رحمه الله فى هذا فقال يد المستأجر كيد المالك بدليل أنه يرجع
بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وبدليل أن مؤنة الرد على المالك فى الاجارة
دون العارية ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على
أن يده ليست بيد نفسه كالمشترى يرجع بضمان الغرور فكذلك مؤنة الرد عليه لماله من المنفعة
فى النقل فأما يد المستأجر يد نفسه والاشكال على هذا الكلام ما تقدم أن المرأة اذا استأجرت

ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبسته بالليل كانت ضامنه ثم اذا جاء النهار برئت من الضمان ويدها يد نفسها ولكنا نقول هناك الضمان عليها باللبس لا بالامساك لان لها حق الامساك ليلا ونهارا واللبس الذى لم يتناوله العقد لم يبق اذا جاء النهار وهنا الضمان على المستأجر بالامساك فى غير المكان المشروط (ألا ترى) أنه لو جاوز بها ذلك المكان ولم يركبها كان ضامنا ولو حبسها في المصر أياما ولم يركبها كان ضامنا والامساك لا ينعدم وان عاد الى ذلك المكان مادام يمسكها لمنفعة نفسه ثم الكلام فى التفصيل بينما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا أو ذاهبا لا جائيا قد تقدم فى العارية فهو مثله في الاجارة ولو لم يجاوز المكان ولكنه ضربها فى السير أو كبحها باللجام فعطبت فهو ضامن الا أن يأذن له صاحبها فى ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحسن أن لا يضمنه اذا لم يتعد فى ذلك وضرب كما يضرب الناس الحمار فى موضعه لانه بمطلق العقد يستفيد الاذن فيما هو معتاد والضرب والكبح باللجام فى السير معتاد وربما لا تنقاد الدابة الا به فيكون الاذن فيه ثابتا بالعرف ولو أذن فيه نصا لم يضمن المستأجر به فكذلك اذا كان متعارفا والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه ضربها بغير اذن مالكها وذلك تعد موجب للضمان وبيان أن المستحق له بالعقد سير الدابة لا صفة الجودة فيه وهو لا يحتاج الى الضرب والكبح فى أصل تسيير الدابة وانما يستخرج بذلك منها * نهاية السير والجودة فى ذلك وثبوت الاذن بمقتضي العقد فيقتصر على المستحق بالعقد * توضيحه أنه وان أبيح له الضرب فانما أبيح لمنفعة نفسه فان حق المالك في الآخر يتقرر بدونه ومثله يتقيد بشرط السلامة كتعزير الزوج زوجته ورمى الرجل الى الصيد ومشيه فى الطريق مباح شرعا ثم يتقيد بشرط السلامة بخلاف ما اذا أذن له المالك فيها نصا فان بعد الاذن فعله كفعل المالك وان استأجرها ليحمل عليها متاعا سماه الى موضع معلوم فأجرها بمثل ذلك باكثر مما استأجرها لم يطب له الفضل الا أن يزيد معها حبلا أو جوالق أو لجاما فحينئذ يجعل زيادة الاجر بأزاء ما زاد ولو علفها لم يطب له الفضل له لان العلف ليس بعين ينتفع به المستأجر انجعل الزيادة بمقابلته وان استأجرها بغير لجام فالجمها أو بلجام فنزعه وأبدله بلجام آخر مثله فلا ضمان عليه لان اللجام لا يضر بالدابة وانما ينفعها من حيث أن السير يخف به عليها فلم يكن هذا خلافا من المستأجر الا اذا ألجمها بلجام لا يلجم مثلها به فحينئذ يكون مخالفا ضامنا واذا استأجر دابة لحمولة فساق رب الدابة فعثرت فسقطت الحمولة وفسدت وصاحب

المتاع يمشي مع رب الدابة أوليس معه فالمكاري ضامن لان المكاري أجير مشترك والتلف حصل بجناية يده وكذلك لو انقطع حبله فسقط الحمل فهذا من جناية يده لانه لما شده بحبل لايحتمله كان هو المسقط للحمل ولو مطرت السماء فسد الحمل أو اصابته الشمس ففسد أوسرق من ظهر الدابة فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ضامن في قول من يضمن الاجير لان التلف حصل لابفعله على وجه يمكن التحرز عنه وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله قال اذا كان صاحب الحمل معه فسرق لم يضمن المكاري لان الحمل في يد صاحبه والاجير المشترك انما يصير ضامنا عندهما باعتبار يده فما دام المتاع في يد صاحبه لم يضمن الاجير اذا تلف بغير فعله فان حمل عليها عبدا صغيرا فساق به رب الدابة فعثرت وعطب العبد فلا ضمان عليه لان هذا جناية ولا يشبه هذا المتاع ومعنى هذا الكلام ان مايجب من الضمان باتلاف النفوس ضمان الجناية وضمان الجناية ليس من جنس ضمان العقد (ألاترى) أنه يجب على العاقلة مؤجلا ووجوب الضمان على الاجير المشترك فيما جنت يده باعتبار العقد فلا يلزمه ما ليس من جنس ضمان العقد فاما ضمان المتاع من جنس ضمان العقد حتى يكون عليه حالا دون العاقلة وبيان هذا الكلام ان على أحد الطريقين يقيد العقد بصفة السلامة بمقتضى عقد المعاوضة وعلى الطريق الآخر العمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فعرفنا أن الضمان على الطريقين باعتبار العقد وكذلك لو حمل عليها صاحب المتاع متاعه وركبها فساقها رب الدابة فعثرت فعطب الرجل وأفسد المتاع لم يضمن رب الدابة شيئا أما لانه لا يضمن نفس صاحب المتاع لان ذلك ضمان الجناية ولا يضمن المتاع لان متاعه في يده معناه أن العمل فيه يصير مسلما بنفسه فيخرج من ضمان رب الدابة واذا تكارى من رجل دابة شهرا بعشرة دراهم على أنه متى مابداله من ليل أونهار حاجة ركبها لايمنعه منها فان كان سمى بالكوفة ناحية من نواحيها فهو جائز وان لم يكن سمى مكانا فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه لا يصير معلوما ببيان المدة اذا لم يكن الركوب مستغرقا بجميع المدة وانما يصير معلوما ببيان المكان فالم يبين ذلك لايجوز وان تكاراها يوما يقضي حوائجه في المصر فهو جائز لان الركوب هنا مستدام في المدة المذكورة ولان نواحي المصر في حكم مكان واحد ولهذا جاز عقد السلم اذا شرط الايفاء في المصر وان لم يبين موضعا منه فاذا كان نواحي المصر كمكان واحد كان له أن يركب الى أي نواحي المصر شاء والى الجنازة ونحوها لان المقابر من فناء المصر وليس له أن يسافر عليها لانه

استأجرها للركوب فى المصر وان تكاراها الى واسط يعلفها ذاهبا وجائيا فركبها حتى أتى واسط فلما رجع حمل عليها رجلا معه فعطبت فعليه أجر مثلها فى الذهاب لان الاستئجار بعلفها فاسد لجهالة الاجر وقد استوفى منفعتها بعقد فاسد فعليه أجر مثلها في الذهاب ونصف أجر مثلها فى الرجوع لانه استوفي فى الرجوع منفعة نصفها وهو ماشغلها بركوب نفسه فلذلك يلزمه نصف أجر المثل وقد ذكر قبل هذا فى الاجارة الصحيحه أنه اذا ركبها وأردف فعليه جميع المسمى ومن أصحابنا رحمه الله من يقول لان في الاجارة الصحيحة يجب الاجر بمجرد التمكن وفى الفاسد لايجب الاجر الا باستيفاء المنفعة ولهذا يلزمه بقدر ما استوفى (قال) رضي الله عنه وهذا ليس بقوى عندي فى الموضعين جميعا فبالتمكن من الاستيفاء يجب أجر المثل وفي العقد الصحيح لا يعتبر التمكن فيما شغله بركوب غيره ولكن الصحيح أنه لا فرق فى الحقيقة انما يجب أجر المثل بحسب مااستوفى من المنفعة فيتضاعف أجر مثلها اذا أردف فاذا أوجبنا عليه نصف أجر مثلها فقد أوجبنا من أجر المثل جميع مايخص ركوبه وكذلك عند صحة العقد فان جميع المسمى هناك بمقابلة ركوبه فهو نظير نصف أجر المثل هنا ثم يكون ضامنا نصف قيمة الدابة وان حمل عليها متاعا معه فهو ضامن بقدر ما زاد لانه مخالف له فى ذلك ويحسب ماعلفها به لانه علفها باذن صاحبها فيستوجب الرجوع به عليه ويكون قصاصا بما استوجب عليه صاحبها من الاجر وان تكارى دابة عشرة أيام كل يوم بدرهم فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر قال يسع صاحبها أن يأخذ الكراء وان كان يعلم أنه لم يركبها لانه أتى بما يستحقها بما هو المستحق عليه بالعقد وهو تسليم الدابة اليه وتمكينها من ركوبها فى المدة فيطيب له الاجر كالمرأة اذا سلمت نفسها الى زوجها طاب لها جميع الصداق وان كانت تعلم أن زوجها لم يطأها وان تكاراها يوما واحدا فلا أجر عليه فيما حبسها بعد ذلك وان أنفق عليها فهو متطوع فى ذلك الا أن يكون بأمر صاحبها ولو تكارى دابة لعروس تزف عليها الى بيت زوجها فحبس الدابة حتى أصبح ثم ردها ولا يركب فلا كراء عليه لانه لم يوجد تسليم المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة فى الطريق لنقل العروس وذلك لا يوجد عند حبس الدابة فى البيت وان حملوا عليها غير العروس فان تكاراها العروس بعينها فهو ضامن ولا كراء عليه لانه غاصب مخالف وان تكاراها لعروس بغير عينها فلا ضمان عليه وعليه الكراء استحسانا لان المستحق بالعقد قد استوفى والتعيين فى الانتهاء كالتعيين فى الابتداء وان تكاراها على

أن يركب مع فلان يشيعه فحبسها من غدوة الى انتصاف النهار ثم بدا للرجل أن لا يخرج فرد الدابة عند الظهر فان كان حبسها قدر ما يحبس الناس فلا ضمان عليه وان حبسها أكثر من ذلك فهو ضامن لامساكه إياها في غير المكان المشروط الا أن قدر ما يحبس الناس صار مستثناه بالعرف ولا أجر عليه في الوجهين لانه لم يستوف المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة في الطريق ولا يوجد ذلك اذا حبسها في المصر ولان صاحب الدابة متمكن من أن تسير الدابة معه الى الطريق وان ركبها بعد الحبس فلا أجر عليه أيضا لانه صار ضامنا بالخلاف فيكون كالغاصب لا يلزمه الاجر اذا عطبت لاستناد ملكه فيها الى وقت وجوب الضمان عليه وان تكارى دابة بغير عينها الى حلوان فنتجت في الطريق وضعفت من حمل الرجل لاجل الولادة فعلى المكارى أن يأتي بدابة أخرى تحمله ومتاعه لانه التزم بالعقد العمل في ذمته فعليه الوفاء بما التزم (ألا ترى) أن هذه الدابة لو هلكت كان عليه أن يأتي باخرى فكذلك اذا ضعفت الا أن يكون الكراء وقع على هذه بعينها فحينئذ المعقود عليه منافعها ولا يتأتى استيفاء ذلك من دابة أخرى بل يكون عذرا في فسخ الاجارة وان تكارى ثلاث دواب ثم أن رب الدواب أجر دابة من غيره وأعار أخرى ووهب أخرى أو باع فوجد المستكرى الدواب في أيديهم فان كان باع من عذر فبيعه جائز وانتقضت الاجارة على رواية هذا الكتاب وقد بيناه وان باع من غير عذر فالبيع مردود والمستكرى أحق بالدواب لتقدم عقده وثبوت استحقاق المنافع له واليد في العين بذلك العقد الا أن ما وجده في يد المستعير فلا خصومة بينهما حتى يحضر رب الدواب لان يد المستعير ليس بيد الخصومة وما وجده في يد الموهوب له فهو خصم فيها لانه يدعى ملك عينها فيكون خصما لمن يدعي حقا فيها وأما الاجارة فالمستأجر أحق بها حتى يستوفي الاجارة وهذا جواب مبهم فانه لم يبين أى المستأجرين أحق بها فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول مراده الاول والثاني يكون خصما له لان الاول يدعى ما يزعم الثاني أنه له فيكون خصما له في ملكه ولكن الاصح أن المستأجر الثاني لا يكون خصما للأول حتى يحضر رب الدابة بمنزلة المستعير لانه لا يدعى ملك عينها لنفسه ولو تكارى غلاما ودابة الي البصرة بعشرة دراهم ذاهبا وجائيا وقد شرط لهم درهما الى الكوفة فأبق الغلام ونفقت الدابة فعليه من الاجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة لانه استوفى المعقود عليه بذلك القدر ثم انعدم تمكنه من استيفاء ما بقي بالهلاك والإباق وقد

كان أمينا فيهما ولا ضمان عليه وان استأجر الدابة وحدها وقال المكارى استأجر غلاما ينبي
كى تبعك وتتبع الدابة وأجره على وأعطاه نفقة ينفق على الدابة ففعل المستأجر وسرقت
النفقة من الغلام فان أقام المستأجر البينة أنه استأجر الغلام وأقر الغلام بالقبض لزم المكارى
النفقة ضاعت أولم تضع والا فلا شئ عليه لانه فى استئجار الغلام وكيل صاحب الدابة
وقد أثبته بالبينة فيجعل كأن صاحب الدابة استأجره بنفسه ثم الغلام وكيل المكارى فى قبض
النفقة منه فاقراره بالقبض كاقرار صاحب الدابة ولو تكاراها الى بغداد بعشرة دراهم وأعطاه
الاجر فلما بلغ بغداد رد عليه بعض الدراهم وقال هى زيوف أو استوقه فالقول قول رب
الدابة فى ذلك ان لم يكن أقر بشئ لانه ينكر استيفاء حقه وان أقر بقبض الدراهم فالقول
قوله فيما يزعم أنه زيوف لان الزيوف من جنس الدراهم فلا يصير به مناقضا ولا يقبل قوله
فيما يزعم أنه أستوق لانه مناقض فى كلامه فالستوق ليس من جنس الدراهم وان كان أقر
باستيفاء الاجرة أو باستيفاء حقه أو باستيفاء الجياد فلا قول له بعد ذلك فيما يدعى لكونه
مناقضا واذا مات المكارى فى الطريق فاستأجر المستكرى رجلا يقوم على الدابة فالأجر
عليه وهو متطوع فى ذلك فهو كما لو أنفق على الدابة وان نفقت الدابة فى الطريق فعليه
من الكراء بقدر ماساروا والقول فى ذلك قوله لانهما تصادقا على أنه لم يستوف جميع المعقود
عليه وانما اختلفا فى مقدار ما استوفى أو فى مقدار مالزمه من الاجر فرب الدابة يدعى
الزيادة والمستكرى منكر لذلك وان تكارى دابتين احديهما الى بغداد والاخرى الى حلوان
فان كانت التى الى بغداد بعينها والتى الى حلوان بعينها جاز العقد لان المعقود عليه معلوم وان
كانت بغير عينها لم يجز لجهالة فى المعقود عليه على وجه يفضى الى المنازعة وعليه فيما ركب
أجر مثله ولا ضمان عليه اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز وان تكارى بغلا الى بغداد فأراد
المكارى أن يحمل متاعا له أو لغيره بكراء مع متاع فللمستكرى أن يمنعه من ذلك لان
بالعقد استحق منافعه وقام هو فى ذلك مقام المالك والمالك مقام الاجنبى فان حمله وبلغ الدابة
بغداد لم يكن للمستكرى أن يحبس عنه شيئا من الاجر لذلك لانه حصل مقصوده بكماله
واستوفى ما استحقه بالعقد فاذا اختلف المؤاجران فى مقدار الكراء فالقول قول المستأجر لانهما
يدعيان عليه الزيادة وبعد استيفاء المنفعة عقد الاجارة لايحتمل الفسخ فكان القول قول
المنكر للزيادة وان أقام المؤاجر ان البينة فلكل واحد منهما نصف ماشهد به شهوده لان

كل واحد منهما يثبت حق نفسه وحق صاحبه وبينة كل واحد منهما على اثبات حقه أولى بالقبول ولان كل واحد منهما مكذب ببينة صاحبه فلا تكون تلك البينة حجة فى نصيبه وان تكاراها على أنه بالخيار ساعة من نهار فركبها على ذلك فعطبت فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان ركوبه اياها فى مدة خياره دليل الرضا منه بسقوط الخيار فانه مستوف للمعقود عليه متلف فلزمه الاجر بقدر ما استوفى ولا ضمان عليه كما لو لم يكن فى العقد خياله وان كان الخيار لصاحب الدابة فالمستكرى ضامن لها ولا أجر ليه لانه غاصب فى ركوبها قبل أن يتم رضى صاحبها به فاذا شرط الخيار يعدم تمام الرضاء . ولو تكارى حمارا يطحن عليه فأوثقه فى الرحا وساقه الاجير فتعسف عليه الاجير حتى عطب من عمله فالأجير ضامن لانه متلف له بالتعسف في سيره ولم يكن مأمورا بذلك من جهة المستأجر لينتقل فعله اليه فلهذا لا شيء على المستأجر منه وان استأجر ثورا يطحن عليه كل يوم عشرة أقفزه فوجده لا يطحن الا خمسة أقفزة فالمستأجر بالخيار لانه يغير عليه شرط عقده فاذا شاء أبطل الاجارة عليه فيما بقي عليه وفيما عمل من الطحن بحساب ماعمل من الايام ولا يحط عنه من ذلك شيئا لان المعقود عليه منفعة الثور فى المدة وقد استوفي ذلك واشتراط عشرة أقفزة فى كل يوم ليس لايراد العقد على العمل بل لبيان جلادة الثور فى عمل الطحن فلهذا لا ينتقص عنه شيء من الاجر فيما عمل من الايام . ولو تكارى دابة الي بغداد فوجدها لا تبصر بالليل أو جموحا أو عثورا أو تعض فان كانت الدابة بعينها فله الخيار لتغيير شرط العقد عليه وعليه من الاجر بحساب ما سار لانه استوفي المعقود عليه بقدره وان كانت بغير عينها فله أن يبلغه الي بغداد على دابة غيرها لانه التزم العمل فى ذمته وهذا اذا قامت البينة على عيب هذه الدابة لان دعوى المستأجر العيب غير مقبولة الا بحجة ولو تكاري بعيرا ليعمل عليه عملا على النصف (قال) كان أبو حنيفة رحمه الله يقول اذا كان ينقل الحمل على البعير فالأجر كله لصاحب البعير لانه بدل منفعة بعيره والمدفوع اليه نائب عنه في الاكراء وللذى يعمل عليه أجر مثله على صاحب البعير لانه ابتغى عن منافعه عوضا وقد سلمت منافعه لصاحب البعير ولم يسلم له العوض بمقابلته فعليه أجر المثل له وان كان الرجل يحمل عليه المتاع ليبيعه فما اكتسب عليه من شيء فهو له لانه عامل لنفسه فيما اكتسب بالبيع والشراء وعليه أجر مثل البعير لان صاحب البعير ابتغى عن منافع بعيره عوضا ولم يسلم له ذلك . رجل تكارى غلاما ليذهب له بكتاب الى بغداد فقال الغلام قد

ذهبت بالكتاب وقال الذى أرسل اليه الكتاب لم يأتني به فعلى الغلام البينة على مايدعى لانه يدعى ايفاء المعقود عليه وان أقام البينة أنه قد دفع الكتاب اليه كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وله الأجر علي المرسل دون من حمل الكتاب اليه وان قال المرسل اليه أعطيته أجرة عشرة دراهم فعليه البينة على ذلك كما لوكان المرسل هو الذى يدعى ايفاء الأجر وان أقام الغلام البينة أنه قد أتى بغداد بالكتاب فلم يجد الرجل فله الأجر لانه أتى بما استحق عليه وهو قطع المسافة الى بغداد مع الكتاب كما أمر به ثم ان كان استأجره ليذهب بالكتاب ويأتي بالجواب فله أجر حصة الذهاب دون الرجوع لانه في الرجوع غير ممتثل أمره ولا عامل له حين لم يكن الجواب معه واذا عاد بالكتاب حين لم يجد الرجل فلا أجر له فى قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له مايخص الذهاب من الاجر لانه فى الذهاب عامل له كما أمر به فتقرر حقه في الاجر بقدره كما لو ترك الكتاب هناك عند أهل من أرسل اليه وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل طعاما الى بغداد فحمله ثم عاد به لان استحقاق الاجر هناك بنقل الطعام من مكان الى مكان وقد نقض ذلك حين عاد بالطعام فلم يبق تسليم شئ من المعقود عليه وهنا الاجر له بقطع المسافة اذ ليس للكتاب حمل ومؤنة فلا يصير بالرجوع ناقضا عمله سواء عاد بالكتاب أولم يعد وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان شئ من مقصود الامر لم يحصل بعمله فلايستوجب الاجر عليه كما لو ذهب من جانب آخر وبيان ذلك أن مقصود الامر أن يصل الكتاب الى المرسل اليه ويصل الجواب اليه وحين عاد بالكتاب صار الحال كما قبل ذهابه من حيث أن شيئا من مقصود الامر غير حاصل فاما اذا ترك الكتاب هناك فبعض مقصوده حاصل لان المكتوب اليه اذا حضر وقف على مافى الكتاب ويبعث بالجواب على يد غيره فلحصول بعض المقصود هناك ألزمناه حصة الذهاب من الاجر • رجل تكارى دابة الى مكان معلوم ولم يقل أركبها بسرج ولا إكاف فجاء بها المكاري عريانة فركبها بسرج أو إكاف فعطبت (قال) ان كان يركب فى ذلك الطريق مثل تلك الدابة باكاف أو بسرج فلا ضمان عليه وان كانت لا تركب الا بسرج فركب باكاف فهو ضامن لانه بمطلق العقد يستحق استيفاء المعقود عليه علي الوجه المتعارف فاذا خالف ذلك صار ضامنا. ولو تكارى من الفرات الى جعفى (وجعفى) قبيلتان بالكوفة ولم يسم أى القبيلتين هى أو الى الكناسة ولم يسم أى الكناستين أوالى بجيله ولم يسم أيهما هى الظاهرة أو الباطنة فعليه

أجر مثلها لان المعقود عليه مجهول فكان العقد فاسدا واستيفاء المنفعة بحكم العقد الفاسد يوجب أجر المثل ومثله بخارا اذا تكاراها الى السهلة ولم يبين أى السهلتين هى سهلة قوت أو سهلة أمير أو تكاراها الى حسون ولم يبين أى القريتين ولو تكارى عبدا مأذون أو غير مأذون بنصف مايكتسبه على هذه الدابة فالاجارة فاسدة لجهالة الاجر ولانه جعل الاجر بعض ما يحصل بعمله فالاجارة فاسدة وله أجر مثله فيما عمل له ان كان مأذونا أو استأجره من مولاه وان كان غير مأذون ولم يستأجره من مولاه فان عطب الغلام كان ضامنا لقيمته لانه غاصب له حين استعمله بغير اذن مولاه ولا أجر عليه لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفى القياس لا أجر عليه لانه غاصب له ضامن * وجه الاستحسان ان العقد الذى باشره العبد يتمحض منفعة اذا سلم من العمل لانه ان اعتبر وجب الاجر وان لم يعتبر لم يجب شئ والعبد المحجور عليه غير ممنوع عما يتمحض منفعة كقبول الهبة والصدقة ولان عقد اكتساب محض اذا سلم من العمل فهو كالاحتطاب والاصطياد اذا باشره العبد بغير اذن مولاه وهذا لان الحجر لدفع الضرر عن المولى وفيما لا ضرر عليه لا حجر وان تكاراها الى بغداد على إن بلغه اليها فله رضاه فبلغه اليها فقال رضائى عشرون درهما فله أجر مثلها لجهالة الاجر عند العقد واستيفاء المنفعة بعقد فاسد الا أن يكون أجر المثل أكثر من عشرين درهما فلا يزاد عليه لانه رضي بهذا المقدار وأبرأه عن الزيادة وان تكاراها بمثل ما يكارى به أصحابه أو بمثل ما يتكارى به الناس فعليه أجر مثلها لان المسمى مجهول فالناس يتفاوتون في ذلك فمن بين مسامح ومستقصى • وان تكارى دابة من الكوفة الى مكان معلوم من فارس بدراهم أو دنانير فعليه نقد الكوفة ووزنها لان السبب الموجب للاجر هو العقد وان تأخر الوجوب الي استيفاء المعقود عليه والعقد كان بالكوفة فينصرف مطلق التسمية الى وزن الكوفة ونقدها وهذا لان عمل العرف فى تقييد مطلق التسمية والتسميه عند العقد لا عند استيفاء المنفعة فلهذا يعتبر مكان العقد فيه وان تكاراها الي فارس ولم يسم مكانا معلوما منها فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فقد سمى ولاية مشتملة علي الامصار والقرى فاذا لم يبين موضعا منها فالمنازعة تمكن بينهما من حيث أن المكارى يطالبه بالركوب الى أدنى ذلك الموضع وهو يريد الركوب الى أقصى تلك الولاية ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ومثله فى ديارنا اذا تكارى دابة الى فرغانة أو الى سغد وان تكارى الي الرى ولم يسم

مدينتها ولا رستاقا بعينه فالعقد فاسد أيضا وروى هشام عن محمد رحمهما الله أن العقد جائز وجعل الري اسما للمدينة خاصة بمنزلة مالو تكاراها الى سمرقند أواوزجند ولكن في ظاهر الرواية قال اسم الري يتناول المدينة ونواحيها فاذا لم يبين المقصد يمكن جهالة فيه تفضي الى المنازعة فان ركبها الي أدنى الري فله أجر مثلها لايزاد على ماسمى لان المكارى رضي بالمسمى الى أدنى الرى فان ركبها الى أقصى الري فله أجر مثلها لاينتقص ماسمى لان المستكرى قد التزم المسمى الى أقصي الرى فلا ينتقص عنه ويزاد عليه اذا كان أجر المثل أكثر من ذلك لان المكارى اذا رضى بالمسمى الي أدنى الرى فلا يصير راضيا الى أقصي الرى ومثله فى ديارنا اذا استأجرها الى بخارى فهو اسم للبلدة بنواحيها فأول حدود بخارى كرميفية وآخره فربر وبينهما مسافة بعيدة فالتخريج فيه كتخريج مسئلة الرى وان تكاراها من الكوفة الى بغداد وعلى أنه أدخله بغداد فى يومين فله عشرة والا فله درهم فهذا من الجنس الذى تقدم بيانه أن عند أبى حنيفة رحمه الله التسمية الاولى صحيحة والثانية فاسدة وعندهما تصح التسميتان وقد بينا ذلك فى الخياط . رجل تكاري دابة من رجل بالكوفة من الغداة الى العشى (قال) يردها عند زوال الشمس لان مابعد الزوال عشيّ قيل فى تفسير قوله تعالى أن سبحوا بكرة وعشيا قبل الزوال وبعد الزوال وكذلك فى قوله تعالى ولا تطرد لذين يدعون ربهم بالغداة والعشى أن الغداة قبل الزوال والعشى مابعده وفى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى أحد صلاتى العشاء إما الظهر أو العصر اذا ثبت هذا فنقول جعل العشي غاية والغاية لا تدخل فى الاجارة فان ركبها بعد الزوال ضمنها لان العقد انتهى بزوال الشمس فهو غاصب فى الركوب بعد ذلك وان تكاراها يوما ركبها من طلوع الفجر الثانى الى غروب الشمس لان اليوم اسم لهذا الوقت (ألا ترى) أن الصوم يقدر باليوم شرعا وكان من طلوع الفجر الى غروب الشمس وكذلك القياس فيما اذا استأجر أجيرا يوما الا أن الاجير مالم يفرغ من الصلاة لايشتغل بالعمل عادة فتركنا القياس فيه لهذا ولا يوجد هذا المعنى فى استئجار الدابة وان تكاراها ليلة ركبها عند غروب الشمس فيردها عند طلوع الفجر فان بغروب الشمس يدخل الليل بدليل حكم الفطر ولم يذكر اذا تكاراها نهارا وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول انما يركبها من طلوع الشمس الى غروب الشمس فان النهار اسم الوقت من طلوع الشمس «قال صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجما» فلا يدخل فى ذلك الفجر ولا المغرب

وانما سمى نهارا لجريان الشمس فيه كالنهر يسمى نهرا لجريان الماء فيه ولكن هذا اذا كان من أهل اللغة يعرف الفرق بين اليوم والنهار فان العوام لا يعرفون ذلك ويستعملون اللفظين استعمالا واحدا فالجواب في النهار كالجواب فى اليوم وان تكاراها بدرهم يذهب عليها الى حاجته لم يجز العقد الا أن يبين المكان لان المعقود عليه لا يصير معلوما الا بذكر المكان ولا ضمان علي المستاجر في الدابة اذا هلكت وهى فى يده على اجارة فاسدة لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز ولانه فى الوجهين مستعمل للدابة باذن المالك وان استحقت الدابة من يد المستاجر وقد هلكت عنده فضمن قيمتها رجع على الذى أجرها منه لانه مغرور من جهته بمباشرة عقد الضمان فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان بسببه ولا يملكها المستأجر بضمان القيمة لان الملك فى المضمون يقع لمن يتقرر عليه الضمان وهو الاجر ولا أجر للمستحق على أحد لان وجوب الاجر بعقد باشره الاجر فيكون الاجر له خاصة وان تكاري دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم ولم يسم كم يطحن عليها كل يوم فالاجارة جائزة لان المعقود عليه منفعة الدابة فى المدة وذلك معلوم ولا يضمن ان عطبت من العمل الا أن يكون شيئا فاحشا لان المستحق بمطلق العقد استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فاذا جاوز ذلك كان مخالفا ضامنا وان تكاراها الى بغداد وركبها وخالف المكان الذى استأجرها اليه (قال) الكراء لازم له فى مسيره قبل الخلاف لانه استوفي المعقود عليه فى ذلك القدر كما أوجبه العقد وهو ضامن للدابة فيما خالف ولا أجر عليه بعد ما صار ضامنا لها وان تكاراها ليحمل عليها انسانا فحمل امرأة ثقيلة برحل أو بسرج فعطبت الدابة فلا ضمان عليه ولا علي المرأة لانه مستوفى للمعقود عليه فالمسمى فى العقد انسان وهى انسان وان كانت ثقيلة الا أن يكون أن مثل تلك الدابة لا يطيق حملها فحينئذ يكون اتلافا موجبا للضمان وقد تطرف فى العبارة حيث وضع هذه المسئلة فى النساء دون الرجال لان الثقل بهذه الصفة فى الرجال مذموم وفى النساء محمود وان تكارى يوما الى الليل بدرهم فأراه الدابة على أريها وقال اركبها اذا شئت فلما جاء الليل تنازعا في الكراء والركوب فان كانت الدابة دفعت الى المستاجر فعليه الاجر لان الاجر سلم المعقود عليه فيتمكن المستأجر من الاستيفاء وان كان لم يدفعها فلا أجر عليه لانه لم يسلم المعقود عليه اليه وعلى رب الدابة البينة أنه قد ركبها لانه يدعى استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر فعليه أن يثبت ذلك بالبينة وان تكاراها الي الحيرة فى حاجة له فقال دونك الدابة

فأركبها فلما كان فى قدر مايرجع من الحيرة فقال لم أركبها ولم أنطلق الى الحيرة (قال) اذا حبسها فى قدر مايذهب الى الحيرة ويرجع فلا أجر عليه اذا لم يذهب لما بينا أن المعقود عليه خطوات الدابة فى طريق الحيرة ولا يتصور وجود ذلك اذا كانت الدابة على أريها فى البيت وان دفعها اليه وقال لم أذهب بها ان علم أنه توجه الى الحيرة فقال رجعت ولم أذهب لم يصدق لانه لما علم توجهه الى الحيرة ومضي من الزمان بعد ذلك مقدار مايذهب من ويجئ فالظاهر أنه قد أتى الحيرة فهو فى قوله رجعت يدعى خلاف مايشهد به الظاهر وان ردها من ساعة فلا أجر عليه لان الظاهر شاهد له فان قيل كيف يستحق رب الدابة الاجر بالظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق قلنا استحقاقه بالعقد عند تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه فانما يثبت بالظاهر لانه تمكن وذلك لايكون استحقاقا بالظاهر ولانه بهذا الظاهر يدفع قول المستأجر انى رجعت قبل أن آتى الحيرة ولو تكارى دابة من رجل الى بغداد على أن يعطيه الأجر اذا رجع من بغداد فمات المستأجر ببغداد فالاجر الى بغداد دين في ماله لانه استوفى المعقود عليه فى ذلك القدر ثم انتقضت الاجارة بموته وسقط الاجل أيضا فكان أجر ذلك المقدار دينا في تركته كسائر الديون والله أعلم

﴿ تم الجزء الخامس عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ ويليه السادس عشر أوله باب انتقاض الاجارة ﴾

﴿ فهرست الجزء الخامس عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ تمت الفهرست ﴾

كتاب

المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le

هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣

فاكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢/٠٠ - ٦٠٢١٣٣/٩٦١١/٠٠

كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء السادس عشر

دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

باب انتقاض الاجارة

(قال رحمه الله ذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال حين وضع رجله فى الغرز ان الناس قائلون غدا ماذا قال عمر وان البيع عن صفقة أو خيار والمسلمون عند شروطهم) وفي هذا الحديث دليل أن الاجارة يتعلق بها اللزوم اذا لم يشترط فيها الخيار كالبيع بخلاف ما يقوله شريح رحمه الله ان الاجارة من المواعيد لا تكون لازمة وقد بيناه وفيه دليل على ان البيع نوعان لازم بنفسه وغير لازم اذا شرط فيه الخيار فان الصفقة هى اللازمة النافذة يقال هذه صفقة لم يشهدها خاطب اذا أنفذ أمر دون رأى رجل فيكون حجة على الشافعى رحمه الله لانه يثبت خيار المجلس فى كل بيع وفيه دليل وجوب الوفاء بالمشروط اذا كان الشرط صحيحا شرعا فلا خلاف بيننا فالشافعى رحمه الله يقول عقد الاجارة اذا أطلقت فهى لازمة كالبيع الا أن عندنا قد يفسخ الاجارة بالعذر وعنده لا يفسخ الا بالعيب وهو بناء على أصله ان المنافع كالأعيان الموجودة حكما فان العقد عليها كالعقد على العين فكما لا يفسخ البيع الا بعيب فكذلك الاجارة وعندنا جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر أخذنا فيه بالقياس وقلنا العقد فى حكم المضاف فى حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية ثم الفسخ بسبب العيب لدفع الضرر لا لعين العيب فاذا تحقق الضرر في ايفاء العقد يكون ذلك عذرا فى الفسخ وان لم يتحقق العيب في المعقود عليه (ألا ترى) ان من استأجر أجيرا ليقلع درسه فسكن ما به من الوجع كان ذلك عذرا فى فسخ الاجارة أو استأجره ليقطع يده للا كلة ثم بدا له فى ذلك أو استأجره ليهدم بناءه ثم بدا له في ذلك لانه لا يتمكن من ايفاء العقد الا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله من حيث اتلاف شئ من بدنه أو اتلاف ماله وجواز الاستئجار للمنفعة لا للضرر وقد يرى

الانسان المنفعة فى شئ ثم يتبين له الضرر في ذلك وكذلك لو استأجره ليتخذله وليمة ثم بدا له فى ذلك فليس للاجير أن يلزمه اتخاذ الوليمة شاء أو أبى لان في ذلك عليه من الضرر فى اتلاف ماله وجواز الاستئجار للمنفعة لا لضرر اذا عرف هذا فنقول من العذر فى استئجار البيت أن ينهدم البيت أو ينهدم منه ما لا يستطيع أن يسكن فيه وهذا من نوع العيب في المعقود عليه وثبوت حق الفسخ به مجمع عليه لان تقبض الدار المنافع لا تدخل فى ضمانه لحصول هذا العارض فى يد المستأجر لحصوله فى يد الآجر فان أراد صاحب البيت أن يبيعه فليس هذا بعذر لانه لا ضرر عليه فى ايفاء العقد الا قدر ما التزمه عند العقد وهو الحجر على نفسه عن التصرف فى المستأجر الى انتهاء المدة وان باعه فبيعه باطل لا يجوز لعجزه عن التسليم وقد بينا فى البيوع ان الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع وان كان على المؤاجر دين لحبس في دينه فباعه فهذا عذر لان عليه فى ايفاء العقد ضرر لم يلتزم ذلك بالعقد وهو الحبس على سقوط حق المستأجر عن العين فان بعقد الاجارة لا يزول ملكه عن العين ولا يثبت للمستأجر حق فى ماليته فيكون المديون مجبورا على قضاء الدين من ماليته محبوسا لاجله اذا امتنع فلهذا كان ذلك عذرا له فى الفسخ ثم ظاهر ما يقول هنا يدل على انه يبيعه بنفسه فيجوز وقد ذكر في الزيادات انه يرفع الامر الى القاضي ليكون هو الذى يفسخ الاجارة ويبيعه وهو الأصح لان هذا فصل مجتهد فيه فيتوقف على امضاء القاضي كالرجوع فى الهبة وان انهدم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل آخر فاراد أن يسكنه لم يكن له أن ينقض الاجارة لانه لا ضرر عليه فوق ما التزمه بالعقد فانه يتمكن من أن يكترى منزلا آخر أو يشترى وكذلك ان أراد التحول من المصر لانه لا يخرج المنزل مع نفسه فلا يلحقه ضرر فوق ما التزمه بالعقد وهو ترك المنزل في يد المستأجر الى هذه المدة وان كان هذا بيتا فى السوق يبيع فيه ويشترى فلحق المستأجر دين أو أفلس فقام من السوق فهذا عذر وله أن ينقض الاجارة لانه استأجره للانتفاع وهو يتضرر بايفاء العقد بعد ما ترك تلك التجارة أو أفلس ضررا لم يلزمه بنفس العقد وكذلك اذا أراد التحول من بلد الى بلد لانه لو ألزمه الامتناع من السفر تضرر به ضررا لم يلتزمه بالعقد وبعد خروجه لا يتمكن من الانتفاع بالبيت فان قال رب البيت انه يتعلل ولا يريد الخروج حلف القاضى المستأجر على ذلك لان الظاهر شاهد له فالظاهر أنه لا يترك ما كان عزم عليه من التجارة فى الحانوت الا اذا أراد

التحول من بلد الى بلد فالقول قوله مع يمينه وقيل يحكم القاضي حاله فى ذلك فان رآه قد استعد للسفر قبل قوله . قال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لاعدوا له عدة وقيل يقول له مع من يخرج فالانسان لايسافر الامع رفقة ثم يسأل رفقاءه عن ذلك وان فسخ العقد وخرج الرجل ثم رجع وقال قد بدالى فى ذلك وخاصمه صاحب البيت فان القاضي يحلف المستأجر بالله انه كان فى خروجه قاصدا للسفر لان رب البيت يدعى بطلان الفسخ لعدم العذر وذلك ينبني وما فى ضميره فى ضمير المستأجر لا يعلمه غيره فكان القول قوله مع يمينه وكذلك ان أراد التحول من تلك التجارة الى تجارة أخرى فهذا عذر لان في ايفاء العقد ضررا لم يلتزمه بالعقد وقد تروج نوع التجارة في وقت وتبور فى وقت آخر وان لم يكن هذا ولكن وجد بيتا هو أرخص منه لم يكن عذرا وكذلك لو اشترى منزلا وأراد التحول اليه لانه لا يلحقه ضرر الاما التزمه بالعقد وهو التزام الاجر عند استيفاء المنفعة وانما يقصد بالفسخ هنا الربح لادفع الضرر وان استأجر دابة بعينها لى بغداد فبدا للمستأجر أن لايخرج فهذا عذر لان عليه ضررا فى ايفاء العقد وهو تحمل مشقة السفر وقال ابن عباس رضى الله عنهما لولا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر قطعة من العذاب لقلت العذاب قطعة من السفر ولو قال رب الدابة أنه يتعلل فالسبيل للقاضى أن يقول له اصبر فان خرج فقاد الدابة معه لان المعقود عليه خطوات الدابة فاذا قادها معه فقد تمكن من استيفاء المعقود عليه فيلزمه الاجر وان لم يركب وكذلك لو أراد الخروج فى طلب غريم له أو عبد آبق فرجع وكذلك لو مرض أو لزمه غرم أو خاف أمرا أو عثرت الدابة أو أصابها شئ لا يستطاع الركوب معه فبعض هذا عيب فى المعقود عليه وبعضه عذر للمستأجر فى التخلف عن الخروج ولا فائدة للمؤاجر في ايفاء العقد اذا لم يخرج المستأجر وان عرض لصاحب الدابة مرض لايستطيع الشخوص مع دابته لم يكن له أن ينقض الاجارة لان بامتناعه من الخروج لا يتعذر تسليم المعقود عليه فيؤمر بتسليم الدابة وأنه يرسل معه رسولا يتبع الدابة وكذلك لو حبسه غريمه وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله قال اذا امتنع رب الدابة من الخروج فيكون هذا عذرا وان مرض فهو عذر له لانه يقول غيري لا يشفق علي دابتي ولا يقوم بتعاهدها كقيامى فاذا تعذر عليه الخروج لمرض يلحقه فى ايفاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد وروى هشام عن أبى يوسف رحمهما الله قال اذا اكترت المرأة ابلا الى مكة للذهاب والرجوع فلما كان في يوم النحر ولدت قبل أن تطوف

للزيارة فهذا عذر للمكارى لانها تحبس الى مضى مـدة النفاس وهذا ضرر لم يلتزمه المكارى بالعقد لانه غير معتاد وان كانت قد ولدت قبل ذلك فان كان الباقى مدة النفاس بعد يوم النحر عشرة أيام أو أقل فهذا ليس بعذر للمكارى لان مابقى مثل مدة الحيض وذلك معلوم وقوعه عادة وكان المكارى ملتزما ضرر التأخير بقدره وان عطبت الدابة فهذا عذر وهذا لان المعقود عليه فات ولا سبب للفسخ أقوى من هلاك المعقود عليه وان كانت الدابة بغير عينها لم يكن هذا عذر لان المكارى التزم العمل فى ذمته وهو قادر على الوفاء به بدابة أخرى يحمله عليها ولو مات المستأجر فى بعض الطريق كان عليه من الاجر بحساب ماسار ويبطل عنه بحساب مابقى لانفساخ العقد بموت أحـد المتكاريين وقد بينا ذلك وان مات رب الابل في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها على حالة حتى يأتى مكة وذكر فى كتاب الشروط أن هذا اذا كان فى مفازة بحيث لا يقدر به على سلطان وخاف أن يقطع به وهو الصحيح لانه كما يجوز نقض الاجارة عند العذر لدفع الضرر يجوز ابقاؤها بعد ظهور سبب الانتقاض لدفع الضرر واذا كان فى المفازة لو قلنا بانتقاض العقد يتعذر عليـه الركوب فيتضرر به لانه عاجز عن المشى ولا يقدر على دابة أخرى فأما اذا كان فى مصر فهو لايتضرر بانتقاض العقد وموت أحد المتكاريين موجب انتقاض العقد فاذا بقى العقد لم يضمن ان عطبت من ركوبه وعليه الاجر المسمى وهو استحسان لان العقد لما بقى للتعذر صار الحال بعد موت المكارى كالحال قبـله فاذا أتى مكة دفع ذلك الى القاضى لان ما به من العـذر قد زال وبقيت الدابة فى يده ملكا للورثة وهو غيب فدفعها الى القاضى فان سلم له القاضي الكراء الى الكوفة فهو جائز إما لانه أمضى فصلا مجتهدفيه باجتهاده أو لانه يرى النظر فى ذلك لانه لو أخذها منه أجرها من غيره ليردها الى الكوفة وصاحبها رضى بكونها فى يده فالاولى له اذا كان المستأجر ثقة أن ينفذ له الكراء الى الكوفة وان رأى النظر فى بيعها فهو جائز لان البعث بثمنها الى الورثة ربما يكون انفع وأيسر لهم فان الثمن لايحتاج الى النفقة وان كان انفق المستأجر عليها شيئا لم يحسب له ذلك لانه متطوع فى ذلك بالانفاق على ملك الغـير بغير أمره الا أن يكون بأمر القاضي فيحسب له اذا أقام البينه عليه لان للقاضى ولاية النظر فى حق الغائب فالانفاق بأمره كالانفاق بأمر صاحب الدابة ولكنه غير مقبول القول فيما يدعى من الانفاق فاذا قام البينة رد ذلك عليه من الثمن وكذلك ان أقام البينة على توفية الكراء رد عليه بحساب مابقى لانه أثبت

دينه في تركة الميت وهذا مال الميت ولان الابل محبوسة في يده الى أن يرد عليه ماأنفق بأمر القاضي أو بما عجل من الكراء فلا يتمكن القاضي من أخذها وبيعها حتى يرد عليه مابقي له لهذا قبل بينته على ذلك ونفذ قضاؤه على الورثة مع غيبتهم وان استأجر أرضا فغلب عليها الماء أو أصابها نزلا تصلح معه الزراعه فهذا عذر لانه تعذر استيفاء المعقود عليه وكذلك ان اراد ان يترك الزرع او افتقر حتى لايقدر على مايزرع فهذا عذر لان الزارع في الحال متلف لبذره ولا يدرى أيحصل الخارج أم لا وقد بينا أنه اذا كان لايتمكن من ايفاء العقد الا باتلاف ماله فهو عذر له وان وجد أرضا أرخص منها أو أجود لم يكن هذا عذرا لانه بالفسخ يقصد هنا تحصيل الربح لادفع الضرر وان مرض المستأجر فان كان هو الذى يعمل بنفسه فهذا عذر لانه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه وان كان انما يعمل اجراؤه فليس هذا عذرا لبقاء تمكنه من استيفاء المعقود عليه كما قصده بالعقد وان كانت الارض ليتيم أجرها وصيه فكبر اليتيم لم يكن له ان يفسخ الاجارة لان عقد الوصي على ماله كعقده على نفسه ولا ضرر عليه في ايفاء الاجارة بعد بلوغه بخلاف ماإذا كان أجر نفسه فان ذلك كد وتعب وهو يتضرر بايفاء العقد بعد بلوغه واذا استأجر عبدا لخدمة أو لعمل آخر فرض العبد فهذا عذر في جانب المستأجر ولانه يتعذر عليه استيفاء المعقود عليه وان أراد رب العبد ذلك لم يكن له ذلك لأنه لا ضرر عليه في ايفاء العقد فالمستأجر لايكلفه من ايفاء العمل الا بقدر طاقته وهو يرضي بذلك وان كان ذلك دون حقه وان لم يفسخها واحد منهما حتى بدأ العبد فالاجارة جائزة لازمة لزوال العذر ويطرح عنه من الأجر بحساب ذلك وهو مايتعطل وكذلك انأبق العبد أو كان سارقا فللمستأجر أن يفسخ الاجارة اما لتعذر استيفاء المعقود عليه أو لضرر يلحقه في ذلك وليس لمولى العبد فسخها لانه لاضرر عليه في ايفاء العقد فوق ماالتزمه بالعقد ولو أراد المستأجر أن يسافر ويترك ذلك العمل فهو عذر لانه لايتعذر عليه الخروج الى السفر لحاجته ولا يمكنه أن يستصحب العبد اذا خرج وان أراد رب العبد أن يسافر به لم يكن له هذا عذرا لانه لا يلحقه من الضرر فوق ماالتزمه بالعبد وهو ترك العبد في يد المستأجر الى انتهاء المدة وان وجد المستأجر أجيرا أرخص منه لم يكن هذا عذرا لان في هذا تحصيل الربح لادفع الضرر وان كان العبد غير حاذق بذلك العمل لم يكن للمستأجر أن يفسخ الاجارة لان صفة الجودة لاتستحق بمطلق العقد الا أن يكون عمله فاسدا فله أن يفسخ حينئذ لان صفة السلامة عن

العيب تستحق بمطلق المعاوضة وان مات العبد انتقضت الاجارة لفوات المعقود عليه وان كان المستأجر رجلين فمات أحدهما انتقضت حصته وكذلك ان مات أحد المؤجرين اعتبارا الموت أحدهما بموتهما في حق الميت منهما وان ارتد الآجر والمستأجر والعياذ بالله ولحق بدار الحرب انتقضت الاجارة لان القاضي بموته حكم حين يقضي بلحاقه فهو كما لو مات حقيقة وان لم يختصما في ذلك حتى رجع مسلما وقد بقي من المدة شيء فالاجارة لازمة فيما بقي منهما لان اللحاق بدار الحرب اذا لم يتصل قضاء القاضي به بمنزلة الغيبة فلا يوجب انفساخ العقد ولكنه كان بمنزلة العذر فاذا زال برجوعه كانت الاجارة لازمة فيما بقي من المدة والله أعلم

باب الشهادة في الاجارة

(قال رحمه الله واذا اختلف شاهدا الاجارة في مبلغ الاجر المسمى في العقد والمدعي هو المؤاجر أو المستأجر فشهد أحدهما بمثل ما ادعاه المدعي والآخر بأقل أو أكثر لا تقبل الشهادة لان المدعي كذب أحد الشاهدين ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا قبل استيفاء المنفعة لان الحاجة الى القضاء بالعقد ومع اختلاف الشاهدين في البدل لا يتمكن القاضي من ذلك فاما بعد استيفاء المنفعة فالحاجة الى القضاء بالمال فينبغي أن تكون المسئلة على الخلاف عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقضى بالاقل كما في دعوى الدين اذا ادعى المدعى ستة وشهد بها أحد الشاهدين والآخر بخمسة (قال) رضي الله عنه والاصح عندي أن الشهادة لا تقبل عندهم جميعا هنا لان الاجرة بدل في عقد المعاوضة كالثمن في البيع ولا بد أن يكون المدعي مكذبا أحد شاهديه فيمنع ذلك قبول شهادته له وان لم يكن لهما بينة وقد تصادقا على الاجارة واختلفا في الاجرة قبل استيفاء المنفعة تحالفا أو تراد الاحتمال العقد الفسخ وكذلك ان كانت دابة فقال المستكري من الكوفة الى بغداد بخمسة وقال رب الدابة الى الصراه والصراه المنصف تحالفا وبعد ما حلفا ان قامت البينة لاحدهما أخذت بينته لان البينة العادلة أحق بالعمل بها من اليمين الفاجرة وان قامت لهما بينة أخذت ببينة رب الدابة على الآجر وبينة المستأجر على فضل المسير على قول أبي حنيفة رحمه الله وكان يقول أولا الى بغداد باثني عشر ونصف وهو قول زفر رحمه الله وقد بينا نظيره وان اتفقا على المكان واختلفا في جنس الاجر فالبينة بينة رب الدابة لانه يثبت حقه بالبينة ولانه يثبت دعواه بالبينة والاجر يثبت باقراره وانما تثبت بالبينة

الدعوى دون الاقرار وان كان قد ركبها الى بغـداد فقال قد أعرتنى الدابة وقال صاحبها بل اكتريتها منك بدرهم ونصف فالقول قول الراكب ولا ضمان عليه ولا أجر أما الضمان فلانهما تصادقا على أنه ركبها بأمر صاحبها وأما الاجر فلان المستأجر منكر لعقد الاجارة فالقول في ذلك قوله مع يمينه فان أقام المؤاجر شاهدين فشهد أحدهما بدرهم والآخر بدرهم ونصف فانه يقضى له بدرهم لانهما اجتمعا على الدرهم لفظا ومعنى والمقصود اثبات المال لان العقد منتهى فيقضى بما اتفق عليه الشاهدان وهذا يؤيد قول من يقول فى مسئلة أول الباب أنه يقضى بالاقل عندهما ولكنا نقول هناك الشاهدان ما اتفق على شئ لفظا فالخمسة غير الستة وعندهما القضاء بالاقل باعتبار الموافقة فى المعنى وباعتبار المعنى المدعى مكذب أحـدهما وهنا اتفقا الشاهدان على الدرهم لفظا فالمدعى يدعى ذلك ولكنه يدعي شيئا آخر مع ذلك وهو نصف درهم وأحد الشاهدين لم يسمع ذلك فلم يشهد به ولهذا لا يصير المدعي مكذبا له فلهذا أقضينا له بالدرهم ولو ركب رجلا دابة رجل الى الحيرة فقال رب الدابة اكتريتها الى الجبانة بدرهم فجاوزت ذلك وقال الذى ركب أعرتنيها وحلف على ذلك فهو بريئ من الأجر لانه منكر لعقد الاجارة فان أقام رب الدابة شاهدين أنه اكراه الى الحيرة بدرهم لم يقبـل ذلك لان دعواه إكذاب منـه لشهوده فانه ادعى الاكراء الى الجبانة وان ادعي رب الدابة انه أكراها الى السالحين بدرهم ونصف وشهد له شاهد بذلك وآخر شهد انه أكراها الى السالحين بدرهم فانه يقضي له عليه بدرهم اذا كان قد ركبها لان الشاهدين اتفقا على ذلك القدر لفظا والمدعى يدعيه أيضا . ولو قال المستأجر تكاريتها منك الى القادسية بدرهم وقال رب الدابة بل الى موضع كذا فى السواد فى غير ذلك الطريق بدرهم وقد ركبها الى القادسية فلا كراء عليـه لانه خالف فصار ضامنا معنـاه أن رب الدابه ينكر الاذن له فى الركوب فى طريق القادسية وقد ركب فصار ضامنا وانما ادعى رب الدابة العقد على الركوب في طريق آخر ولم يركب المستأجر في ذلك الطريق فلا أجر عليه لذلك ولو ادعى أنه أكراه دابتين باعيانهما إلى بغداد بعشرة وقال رب الدابتين بل هذه منهما بعينها الى بغداد بعشرة وأقام البينة فى قول أبى حنيفة الاول رحمه الله هما له الى بغداد بخمسة عشر اذا كان أجر مثلهما سواء وفى قوله الآخر هما له الى بغـداد بعشرة لان المستأجر هو المدعى والمثبت بينة الزيادة فى حقه وكذلك ان كان رب الدابتين ادعى أنه أكراه أحديهما بعينها بدينار وأقام البينة وأقام المستأجر البينة أنه

استكراهما جميعا بعشرة دراهم فله دابتان بدينار وخمسة دراهم لان جنس الاجر هنا مختلف فكل واحد منهما يثبت ببينته حتمه فلا بد من قبول بينة قول كل واحد منهما بخلاف الاول فهناك جنس الأجر متحد وقد اتفق الشهود عليه فلا حاجة لرب الدابة الى الاثبات ولكن المستأجر هو المحتاج الى اثبات العقد في الدابة الاخرى وبينته تثبت ذلك وبينة رب الدابة تنفى فالمثبت أولى وان ادعى المستأجر دابة واحدة وان تكاراها الى بغداد بدينار وأقام البينة وأقام صاحبها البينة أنه اكراها اياه الى البصرة بعشرين درهما وقد ركبها الى بغداد قضيت عليه بعشرين درهما ونصف دينار لان جنس الاجر لما اختلف فلا بد من العمل بالبينتين وقد أثبت رب الدابة ببينة الى البصرة بعشرين درهما وأثبت المستأجر ببينة العقد من البصرة الى بغداد بنصف دينار فلهذا قضى بهما وان ادعى المستأجر الاجارة وجحدها صاحب الدابة فشهد شاهد أنه استأجرها ليركبها الى بغداد وشهد الآخر انه استأجرها ليركبها ويحمل عليها هذا المتاع والمستأجر يدعى كذلك لم تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين في مقدار المعقود عليه وإكذاب المدعى أحد شاهديه فان (قيل) أليس أن الشاهدين اتفقا على الركوب لفظا ومعنى وينفرد أحدهما بالزيادة وهو حمل المتاع فينبغي أن يقضى بما اتفق عليه الشاهدان قلنا المعقود عليه منفعة الدابة لا عين الركوب فالركوب فعل الراكب وحمل المتاع كذلك فعله والمعقود عليه ملك رب الدابة وذلك يختلف باختلاف الشاهدين فيما شهد به فلا تتحقق الموافقة بينهما لفظا بخلاف الدرهم ونصف مع أن هذا انما يكون قبل استيفاء المنفعة وقبل استيفاء المنفعة الحاجة الى القضاء بالعقد فلا يتمكن منه مع اختلافهما وكذلك ان اختلفا في حمولتين لان المدعى يكون مكذبا أحدهما لا محالة ولو ادعى أنه سلم ثوبا الى صباغ وجحد الصباغ ذلك فشهد شاهد أنه دفع اليه ليصبغه أحمر بدرهم وقال الآخر ليصبغه أصفر فقد اختلفت الشهادة لاختلاف الشاهدين في المعقود عليه هو الوصف الذي يحدثه في الثوب والاصفر منه غير الاحمر فيكون المدعى مكذبا أحد الشاهدين والله أعلم بالصواب

باب ما يضمن فيه الاجير

(قال رحمه الله رجل سلم الى قصار ثوبا فدقه بأجر مسمى فتخرق أوعصره فتخرق أو جعل فيه النورة أووسمه فاحترق فهو ضامن لذلك كله لان هذا من جناية يده وقد بينا أن

الاجير الشترك ضامن لما جنت يده فان كان أجير المشترك القصار فعل ذلك غير متعمد له فالضمان على القصار دون الأجير لان الاجير له أجير خاص فلا يضمن الا بالخلاف ولم يخالف ثم عمله كعمل الاستاذ (ألا ترى) أن الاستاذ يستوجب به الأجر فيكون الضمان عليه وان هلك الثوب عند القصار أو سرق فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد بينا وروى عن محمد رحمه الله قال اذا وضع القصار السراج فى الحانوت فاحترق به الثوب من غير فعله فهو ضامن لان هذا مما يمكن التحرز عنه فى الجملة وانما الذى لا يضمن به الحرق الغالب الذى لا يمكن التحرز عنه ولا يتمكن هو من اطفائه و(قال) فى الصباغ يصبغ الثوب أحمر فيقول رب الثوب أمرتك بأصفر فالقول قول رب الثوب لان الاذن يستفاد من قبله وله أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ ثوبه وضمن للصباغ مازاد على المصفر فى ثوبه لانه بمنزلة الغاصب فيما صبغه به حين لم يثبت اذن صاحب الثوب له فى ذلك وان كان صبغه أسود فاختار أخذ الثوب لم يكن للصباغ عليه شئ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد بينا ذلك في الغصب قال أبو حنيفة رحمه الله فى الملاح اذا أخذ الأجر فان غرقت السفينة من ريح أوموج أو شئ وقع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح لان التلف حصل من عمله وان غرقت من مده أو معالجته أو جذفه فهو ضامن لان هذا من جناية يده والملاح أجير مشترك وان كان على الملاح الطعام وخلى بينه وبين الطعام فنقص فلا ضمان على الملاح عنده بعد أن يحلف لانه أمين فالقول قوله مع يمينه ولا يضمن ماتلف بغير فعله وان انكسرت السفينة فدخل الماء فيها فأسده فان كان ذلك من عمل الملاح فهو ضامن له والا فلا شئ عليه عند أبي حنيفة وان كان رب الطعام فى السفينة أو وكيله فلا ضمان على الملاح فى شئ من ذلك الا أن يخالف ما أمر به ويصنع شيئا مما يتعمد فيه الفساد لان المتاع فى يد صاحبه والعمل يصير مسلما اليه بنفسه فيخرج من ضمان الملاح بخلاف ما اذا لم يكن صاحب الطعام معه فالعمل هناك لا يصير مسلما وعلى هذا قالوا لورد الموج السفينة الى الموضع الذى حمل الطعام منه فان لم يكن رب الطعام معه فلا أجر للملاح وان كان رب الطعام معه في السفينة فله الأجر بقدر ما صار لان العمل قد صار مسلما بنفسه ويتقرر الأجر بحبسه فاما اذا خالف ما أمره به فهذا العمل لا يصير مسلما الى صاحب الطعام بل يكون العامل فيه متعديا خاصا فيكون ضامنا لذلك واذا حجم الحجام بأجر أو بزغ البيطار أو ختن الخاتن بأجر حرا أو عبدا بأمره أو بطأ قرحه فمات من ذلك فلا ضمان

عليه بخلاف القصار اذا دق فخرق لان المستحق عليه هنالك العمل السليم عن العيب وذلك فى مقدور البشر يصح التزامه بالعقد وهنا المستحق عليه عمل معلوم بحده لا عمل غير سارى لان ذلك ليس في مقدور البشر فالجرح فتح باب الروح والبرء بعده بقوة الطبيعة على دفع أثر الجراحة وليس ذلك فى مقدور البشر فلا يجوز التزامه بعقد المعاوضة وانما الذى فى وسعه اقامة العمل بحده وقد أتى به فلا يضمن إلا أن يخالف لمجاوزة الحد أو يفعل بغير أمره فيكون ضامنا حينئذ توضيح الفرق أن السراية لا تقترن بالجرح ولكنه يكون بعدها بزمان ضعف الطبيعة عن دفع أثر الجراحة وتوالى الآلام على المجروح وهذا كله بعد أن يصير العمل مسلما الى صاحبه ويخرج من ضمان العمل فاما تخرق الثوب يكون مقترنا بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار فلهذا كان ضامنا لما يتلف بعمله لان عمله مضمون بما يقابله من البدل ولو وطأ الاجير الخاص للقصار على ثوب مما لا يوطأ عليه فى دقه فكان الضمان عليه خاصة لانه غير مأذون من جهة الاستاذ فى الوطء على هذا الثوب فكان متعديا فيما صنع وان كان مما يوطأ عليه فلا ضمان عليه لانه مأذون فى الوطء عليه فيكون فعله كفعل الاستاذ وان كان الثوب وديعة عند القصار فالاجير ضامن وان كان ذلك مما يوطأ عليه لانه غير مأذون فى بسطه والوطء عليه من جهة الاستاذ فانه انما أذن له فى العمل في بيان القصارة دون ودائع الناس عنده ولو حمل الانسان حملا فى بيت القصار من ثياب القصارة فعثر وسقط فتخرق بعضها كان ضمان ذلك على القصار دون الأجير لانه مأذون فى هذا العمل من جهة الاستاذ ولو دخل بنار السراج بأمر القصار فوقعت شرارة علي ثوب من القصارة أو وقع السراج من يده فأصاب دهنه ثوبا من القصارة فالضمان علي الاستاذ دون الغلام لانه مأذون من جهته في ادخال النار بالسراج وكذلك أجير لرجل يخدمه ان وقع من يده شيء فتكسر وأفسد متاعا مما يختلف في خدمة صاحبه فلا ضمان عليه اذا كان فى ملك صاحبه لانه استأجره لهذه الاعمال ولو أن غلام القصار انفلتت منه المدقة فيما يدق من الثياب فوقعت على ثوب من القصارة فخرقته فالضمان على القصار دون الغلام لانه مأذون من جهة الاستاذ فى دق الثوبين جميعا ولو وقع على ثوب انسان من غير القصارة كان ضمان ذلك على الغلام دون القصار لانه غير مأذون فى دق ذلك الثوب فيكون هو جانيا فى ذلك الثوب وان كان مخطئا وتعذر الخطأ لا يسقط عنه ضمان المحل وان وقعت المدقة علي موضعها ثم وقعت علي شيء بعدها فلا ضمان على الاجير لانها كما لو وقعت على المحل

المأذون فيه صار العمل مسلما وخرج من عهدة الاجير فلا ضمان عليه بعد ذلك وانما الضمان على الاستاذ وان أصاب انسانا فقتله كان الغلام ضامنا وقد بينا الفرق بين الجناية فى بنى آدم وما سوى ذلك من الاموال فيما سبق وكذلك لو مر بشئ من متاعه فيما يحمله فوقع على انسان فى البيت فقتله كان الضمان على الغلام لان الجناية فى بنى آدم موجبة الارش على العاقلة فلا يمكن اعتبار العقد فيه بخلاف ماسوى ذلك من الاموال وكذلك ان انكسر شئ من أدوات القصار بعمل الغلام مما يدق به أو يدق عليه فلا ضمان عليه لانه مأذون من جهة الاستاذ وان كان مما لا يدق به ولا يدق عليه فهو ضامن وعلى هذا لو دعا رجلا قوما الى منزله فمشوا على بساطه فتخرق أو جلسوا على وسادة فتخرقت وان كان الضيف متقلدا سيفا فلما جلس شق السيف بساطا أو وسادة فلا ضمان عليه لانه مأذون فيما فعل من المشى والجلوس وتقلد السيف ولو وطئ على آنية من أوانيه أو ثوب بالا يبسط مثله ولا يوطأ فهو ضامن لانه غير مأذون فى الوطء والجلوس على مثله وان حمل الاجير شيئا فى خدمة أستاذه فسقط ففسد لم يضمن ولو سقط على وديعة عنده فأفسدها كان ضامنا لها وكذلك لو عثر فسقط عليها فان كان بساطا أو وسادة استعاره للبسط فلا ضمان فى ذلك على رب البيت ولا على أجيره لانه مأذون فى بسطه من جهة صاحبه واذا جفف القصار ثوبا على حبل فمرت به حمولة فى الطريق فخرقته فلا ضمان على القصار لانه متلف لا بعمله والضمان على سائق الحمولة لانه مسبب وهو متعدي في ذلك فسوق الدابة فى الطريق يتقيد عليه بشرط السلامة فاذا لم يسلم كان ضامنا ولو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فلما بلغ المقصد عطبت الدابة فعليه الاجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه بكماله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر مازاد وقد بينا هذا فى العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية فى بنى آدم أن المعتبر هناك عدد الجناة فى حق ضمان النفس وأوضح الفرق بما ذكرنا فقال لو أن حائطا مائلا لرجل ثلثاه وللآخر ثلثه تقدم اليهما فيه فوقع على رجل فجرحه وقتله كان على كل واحد منهما نصف الدية ولو لم يجرحه ولكنه قتله ثقل الحائط كانت الدية عليهما بقدر الملك لان ثقل ملك صاحب الثلثين ضعف ثقل ملك صاحب الثلث وفى الجرح المعتبر أصل الجراحة وكل واحد منهما خارج له بملكه فكان بمنزلة الجارح بيده فكذلك فى مسئلة الدابة يضمن باعتبار ثقل الزيادة وفي مسئلة الشجاج فى العبد يكون ضمان النفس على كل واحد منهما باعتبار أصل الجرح لا مقداره وعدده وعلى هذا لو أمر

رجلاأن يضرب عبده عشرة أسواط فضرب أحدعشر سوطا فهو متعدى فى السوط الحادي عشر فيضمن نقصان ذلك العبد من قيمته مضروبا عشرة أسواط ونصف ما بقى من قيمته اذا مات من ذلك لانه في ضرب عشرة أسواط عامل لصاحبه بأمره فكأنه فعل ذلك هذا بنفسه وقد مات العبد من السياط كلها فتوزع بدل نفسه نصفين باعتبار عدد الحياة لاعدد الجنايات واذا سلم الرجل عبده أو أمته الى مكتب أو عمل آخر فضربه الاستاذ فهو ضامن لما أصابه من ذلك وان أذن له فى ذلك فلا ضمان عليه لان فعله باذنه كفعل المولى بنفسه فلا يكون تعديا منه وفعله بغير أمره يكون تعديا منه وفرق أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بين هذا وبينما اذا ضرب الدابة التى استأجرها ضربا معتادا فقالا الضرب معتاد هنالك عند السير متعارف فيجعل كالمأذون فيه وهنا الضرب عند التعليم غير متعارف وانما الضرب عند سوء الادب يكون ذلك ليس من التعليم فى شيء فالعقد المعقود على التعليم لايثبت الاذن فى الضرب فلهذا يكون ضامنا الا أن يأذن له فيه نصا وكذلك ان سلم ابنه فى عمل الى رجل فان ضربه بغير اذن الاب فلا اشكال فى أنه يكون ضامنا وان ضربه باذن الاب فلا ضمان عليه فى ذلك لانه غير متعدى فى ضربه باذن الاب ولو كان الاب هو الذي ضربه بنفسه فمات كان ضامنا في قول أبى حنيفة رحمه الله ولا ضمان عليه فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وهما يدعيان المناقضة على أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسئلة فيقولان اذا كان الاستاذ لا يضمن باعتبار اذن الاب فكيف يكون الاب ضامنا اذا ضربه بنفسه ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول ضرب الاستاذ لمنفعة الصبي لا لمنفعة نفسه فلا يوجب الضمان عليه اذا كان بأذن وليه فاما ضرب الاب إياه لمنفعة نفسه فانه بغير سوء أدب ولده فيتقيد بشرط السلامة كضرب الزوج زوجته لما كان لمنفعة نفسه يقيد بشرط السلامة واذا توهن راعى الرمكة رمكة منها فوقع الوهن فى عنقها فجذبها فعطبت فهو ضامن لانه من جناية يده وان كان صاحبها أمره بالتوهن فلا ضمان عليه لان فعله بأمر صاحبها كفعل صاحبها وهذا لان التوهن ليس من عمل الراعى في شيء ولا بدل في مقابلته فلا يتقيد على المأمور بشرط السلامة بخلاف الدق من القصار ولو أمر رجلا أن يختن عبده أوابنه فاخطأ فقطع الحشفة كان ضامنا لما بينا أن عمل الختان معلوم بمحله فاذا جاوز ذلك كان ضامنا ولم يبين فى الكتاب ماذا يضمن وهو مروى عن محمد رحمه الله فى النوادر قال ان برأ فعليه كمال بدل نفسه فان مات فعليه نصف بدل نفسه لانه اذا برأ

فعليه ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا يتأتى له فى البدن فيتقدر بدله ببدل النفس واذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس ولو أمر رجلا أن يقطع أصبعه لوجع أصابه فيها فقطعها فمات منها لم يكن على القاطع شيء الا فى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله فانه يقول يضمن الدية اعتبارا بما لو قال ذلك تقتلنى فقتله وجه ظاهر الرواية أن الاذن صح هنا لان للآذان أن يفعل ذلك بنفسه فينتقل عمل المأذون اليه ويصير كانه فعله بنفسه بخلاف قوله اقتلنى فالاذن هناك غير صحيح لان الآذن ليس له أن يفعل ذلك بنفسه وكذلك لو أمر أن يفعل ذلك بابن له صغير أو بعبد له فهذا وما لو أمره بنفسه سواء ولو أمر حجاما ليقطع سنا فقطع فقال أمرتك أن تقلع سنا غير هذا فالقول قوله والحجام ضامن لان الاذن يستفاد من جهته ولو أنكره كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الاذن فى السن الذى قلعه ولو تكارى دابة يحمل عليها عشرة مخاتيم فجعل في جوالق عشرين مختوما ثم أمر رب الدابة فكان هو الذى وضعها على الدابة فلا ضمان عليه لان صاحب الدابة هو المباشر بحمل الزيادة على دابته وأكثر ما فيه أنه مغرور من جهة المستأجر ولكن الغرور اذا لم يكن مشروطا فى عقد ضمان لا يكون مثبتا الرجوع للمغرور على الغار وان حملاها جميعا ووضعاها على الدابة ضمن المستأجر ربع قيمة الدابة لان نصف المحمول مستحقا بالعقد ونصفه غير مستحق وفعل كل واحد منهما فى الحمل شائع فى النصفين فباعتبار النصف الذى حمله على الدابة لا ضمان على أحد وباعتبار النصف الذى حمله المستأجر لا ضمان عليه فى نصفه لانه يستحق بالنصف وعليه الضمان فى النصف الآخر لانه متعدى فيه فكان ضامنا ربع قيمتها وان كان الحمل فى عدلين فرفع كل واحد منهما عدلا فوضعاهما جميعا على الدابة لم يضمن المستأجر شيئا لان المستأجر استحق بالعقد حمل عشر مخاتيم حنطة وقد حمل هذا المقدار فيجعل حمله مما كان مستحقا بالعقد والزيادة انما حملها رب الدابة وذكر في النوادر لو أن القصار استعان بصاحب الثوب حتى دق الثوب معه فتخرق ولا يدرى من أى الفعلين تخرق فعلى قول أبي يوسف رحمه الله القصار ضامن نصف القيمة باعتبار الاحتمال وعلى قول محمد رحمه الله هو ضامن جميع القيمة لان الثوب فى يده فباعتبار اليد هو ضامن ما لم يصل الى صاحبه سواء تلف بعمله أو بغير عمله فما لم يعلم أن التلف بعمل صاحب الثوب كان القصار ضامنا واذا ساق الراعى الغنم أو البقر فتناطحت

فقتل بعضها بعضا أو وطئ بعضها بعضا من جنايته وهو غير مشترك وهي لانسان واحد فلا ضمان عليه لانه مأذون في السوق وقد بينا أن الاجير الخاص لا يكون ضامنا فيما يتلف بعمل المأذون فيه وان كانت لقوم شتى فهو ضامن مشتركا كان أو غير مشترك أما المشترك فلان هذا من جناية يده وأما غير المشترك فلانه سائق الدابة التي وطئت والسائق ضامن بالسبب وكل من وقع عليه الضمان فلا أجر له فيه لانه ملك المضمون بالضمان فلا يكون مسلما الى صاحبه واذا ساق الراعي الماشية فعطبت واحدة أو وقعت في نهر فعطبت فهو ضامن لانه أجير مشترك والتلف حصل بعمله ولو استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين استأجرها فان لبس من ذلك مثل ما يلبس الناس اذا ركبوا لم يضمن وان كان أكثر من ذلك ضمن بقدر ما زاد لان المستحق بمطلق العقد ما هو المتعارف وان تكارى ناقة ليحمل عليها امرأة فولدت المرأة فحملها هي وولدها على الناقة بغير أمر صاحبها فعطبت الناقة فهو ضامن بحساب ما زاد عليها للولد لان الولد مقصود بالحمل بعد الانفصال وهو في مقداره مخالف فيضمن بحساب ما يخالف كما لو زاد متاعا معها ولو نتجت الناقة فحمل ولد الناقة مع المرأة فهو ضامن أيضا لانه مخالف لما قلنا وان تكاري بعير المحمل فحمل عليه زاملة فهو ضامن لانه مخالف فيما صنع فالزاملة أضر بالبعير من المحمل وان حمل عليه رجلا مكان المحمل فلا ضمان عليه فلا يكون فعله ذلك خلافا وقد بينا نظيره في السرج مع الاكاف والله تعالى أعلم بالصواب

باب اجارة رحا الماء

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل رحا ماء والبيت الذي هو فيه وهو متاعها كل شهر بأجر مسمى فهو جائز) لانه غير منتفع به واستئجاره متعارف فان انقطع الماء عنها فلم يعمل رفع عنه الاجر بحساب ذلك لزوال تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي استأجره فانه انما استأجره ليطحن فيها بالماء دون الثور وبانقطاع الماء زال تمكنه من ذلك وبدون التمكن من الانتفاع لا يجب الاجر فله أن ينقض الاجارة لتغير شرط العقد عليه فان لم ينقضها حتى عاد الماء لزمته الاجاره فيما بقي من الشهر وان كان قد بقي يوم واحد فلم يكن له أن ينقضها لزوال العذر وتمكنه من الانتفاع فيما بقي من المدة ولان هذه الاجارة في حكم عقود متفرقة لا يثبت الخيار لتفرق الصفقة وان اختلفا في مقدار ما كان الماء منقطعا فالقول قول المستأجر لانهما يتفقان أنه لم

يستوف جميع المعقود عليه وانما اختلفا في مقدار ما استوفى فرب الرحا يدعى زيادة في ذلك والمستأجر منكر ذلك ولو قال المؤاجر لم ينقطع الماء فانه يحكم الحال فيه فان كان الماء منقطعا في الحال فالقول قول المستأجر وان كان جاريا فالقول قول المؤاجر مع يمينه على عمله لانه اذا كان منقطعا في الحال فالظاهر انه كان منقطعافيامضى وان كان جاريا في الحال فالظاهر انه كان جاريا فيما مضى وفي الخصومات القول قول من يشهدله الظاهر * توضيحه انا قد عرفنا الماء جاريا عند العقد والبناء علي الظاهر واستصحاب الحال أصل مالم يعلم خلافه فاذا علمنا انقطاع الماء في الحال تقدر استصحاب الحال فاعتبرناالدعوى والانكار فرب الرحا يدعي تسليم المعقود عليه والمستأجر منكر فالقول قوله فاما اذا كان جاريا في الحال فاستصحاب الحال ممكن فجعلنا رب الرحا مسلما للمعقود عليه بهذا الطريق ولهذا كان القول قوله مع يمينه على عمله لان الاستحلاف على مالم يكن في يده ولا من عمله فيكون علي العلم وان كان استأجر جميع ذلك بعشرة دراهم كل شهر فطحن فيها في الشهر بثلاثين درهمافربح عشرين درهمافان كان المستأجر هو الذي يقوم على الرحا والطعام أو أجيره أو عبده فالربح له طيب لأن الفضل بمقابلة منافعه وان كان رب الطعام هو الذى يلي ذلك لم يطب الربح للمستأجر إلا أن يكون قد عمله فيها عملا تنتفع بها الرحا من كرى النهر أو نقر الرحا وغير ذلك فحينئذ يجعل الفضل بمقابلة عمله فيطيب له فقد جعل نقر لرحا معتبرا بجعل الفضل بمقابلته ولم يجعل كنس البيت فيماسبق معتبرا في ذلك لان كنس البيت ليس بزيادة في البيت ولأن التمكن من الانتفاع باعتباره فأما نقر الرحا وكرى النهر بعد زيادةالمستأجر وبه يتمكن من الانتفاع واذا استأجر موضعا على نهر ليبنى عليه بناء ويتخذ عليه رحا ماء على أن الحجارة والمتاع والحديد والبناء من عندالمستأجر فهو جائز لانه استأجر الارض لمنفعة معلومة فان انقطع ماء النهر فلم يطحن ولم يفسخ الاجارة فالاجر لازم له لان المعقود عليه منفعة الارض وهى باقية بعد انقطاع الماء والمستأجر مستوفى بما يشغل الارض بمتاعه بخلاف الاول فهناك المعقود عليه منفعة الرحا لعمل الطحن والتمكن منه يزول بانقطاع الماء الاأن هنالهأن يفسخ الاجارة للعذر فان مقصوده استيفاء منفعة لايتم ذلك بدون جريان الماء وفى الزام العقد إياه بعد انقطاع الماء ضرر فيكون ذلك عذرا له في الفسخ ولو استأجر رحا ماء بمتاعها فانقطع الماء شهرا فلا أجر عليه في ذلك الشهر لما قلنا وان قل الماء حتى أضربه في الطحن وهو يطحن مع ذلك فان كان ضررا فاحشا فهو عيب فيما هو المقصود فيتمكن

لاجله من فسخ العقد وان لم يفسخ كان الاجر واجبا عليه لبقاء تمكنه من الانتفاع ورضاه بالعيب وان كان غير فاحش فالاجارة لازمة له لانه اذا استأجر الرحا في الابتداء مع علمه أن الماء يزد ادتارة وينتقص أخرى فقد صار راضيا بالنقصان اليسير ولان ما لم يمكن التحرز عنه عفو واذا خاف رب الرحا أن ينقطع الماء فتفسخ الاجارة فأكري البيت والحجرين والمتاع خاصة فهو جائز لانه عين منتفع به فان انقطع الماء فللمستأجر أن يترك الاجارة لان استئجار هذه الاعيان كان لمقصود معلوم وقد فات ذلك بانقطاع الماء وفى ايفاء العقد بعد انقطاع الماء ضرر عليه وهذا ضرر لم يلتزمه بأصل العقد فيكون عذرا له فى الفسخ كما لو استأجر والرحا يطحن بجمله فينفق جمله ولم يكن عنده مايشترى به جملا كان له أن يترك الاجارة ولو استأجر رحاماء فانكسر أحد الحجرين أو الدوارة أو البيت فله أن يفسخ الاجارة لزوال تمكنه من الانتفاع فان أصلح ذلك رب الرحا قبل الفسخ لم يكن للمستأجر أن يفسخ بعد ذلك لزوال العذر فى بقية المدة ولكن يرفع عنه من الاجر بقدر ذلك لانعدام تمكنه من الانتفاع به والقول قول المستأجر فى مقدار العطلة لاتفاقهما على أنه لم يسلم جميع المعقود عليه الا أن ينكر المؤاجر البطالة أصلا فكان القول قوله باعتبار استصحاب الماء لانا عرفنا تمكن المستأجر من الانتفاع عند تسليم الرحا ثم يدعى هو عارضامانعا فلا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كما لوادعى أن غاصبا حال بينه وبين الانتفاع بالرحا وان استأجر رحاماء على أن يطحن فيها الحنطة ولا يطحن غيرها فطحن فيها شعيرا أو شيئا من الحبوب سوى الحنطة فان كان ذلك لا يضر بالرحا فلا ضمان عليه وان كان أضر عليها من الحنطة ضمنه مانقصها لان التقييد معتبر اذا كان مفيدا والخلاف الى ماهو أضر عدوان منه فيلزمه ضمان النقصان ولا أجر عليه فى ذلك الوقت لانه غاصب ضامن من النقصان ولا يجتمع الاجر والضمان واذا استأجر الرجل رحا وبيتا من أجير وبعيرا من آخر صفقة واحدة كل شهر باجر معلوم فهو جائز لان استئجار كل عين من هذه الاعيان على الانفراد صحيح ثم يقتسمون الاجر بينهم على قدر ذلك لان المسمى بمقابلة الكل فيتوزع عليها بالحصة ولو اشترك أرباب هذه الاشياء على أن يعملوا للناس باجر فما طحنوا فالاجر بينهم أثلاثا فان أجروا الجمل بعينه فطحن فأجر ذلك لصاحب الجمل لانه سمى بمقابلته منفعة الجمل وللآخرين أجر مثلهما لنفسهما ومتاعهما على صاحب الجمل لان سلامة الاجر له بذلك كله فيكون هو مستوفيا لمنافعهما وقد شرط بمقابلة ذلك أجرولم

يسلم لهما ذلك الاجر فان قبلوا الطعام على أن يطحنوه باجر معلوم ولم يؤجر والا الجمل بعينه فما اكتسبوه صار أثلاثا بينهم لانهم اشتركوا في تقبل العمل وبذلك استوجبوا الاجر وان كان لرجل بيت على نهر قد كان فيه رحا ماء فذهب وجاء آخر برحا آخر ومتاعها فنصبها في البيت واشتركا على أن يتقبلا من الناس الحنطه والشعير نطحناه فما كسبا فهو بينهما نصفان فهو جائز وما طحناه وما تقبلاه فاجره بينهما نصفان لاستوائهما في تقبل العمل في ذمتها وليس للرحا ولا للبيت أجرة لان كل واحد منهما مابتغى عن متاعه أجرا سوى ما قال (ألا ترى) أن قصارين لو اشتركا على أن يعملا في بيت احدهما باداه الآخر فما كسبا فهو بينهما نصفان كان جائزا ولم يكن لواحد منهما أن يطالب صاحبه باجر باداته ولو أجر الرحا باجر معلوم على طعام معلوم كان الاجر كله لصاحب الرحا لانه مسمى بمقابلة منفعة ملكه ولصاحب البيت أجر مثل بيته ونفسه على صاحب الرحا اذا كان قد عمل في ذلك لان منفعة بيته ونفسه سلمت لصاحب الرحا ولم يسلم له بمقابلته ماشرط له من الاجر (قال) ولا أجاوز به نصف أجر مثل الرحا في قول أبي يوسف رحمه الله وقد بينا نظيره في كتاب الشركة ولو انكسر الحجر الاعلى من الرحا فنصب رجل مكانه حجرا بغير أمر صاحبه وجعل يتقبل الطعام ويطحن فهو مسيء في ذلك ضامن لما أفسد من الحجر الاسفل ومتاعه لانه غاصب والاجر له لانه وجب بعقده وان كان وضع الحجر الاعلى برضاء صاحبه على أن الكسب بينهما نصفان فهو كما شرط وهو نظير ماسبق اذا كان يتقبلان الطعام فالاجر بينهما كما شرط ولو بنى على نهر بيتا ونصب فيها رحاماء بغير رضى صاحب النهر ثم يقبل الطعام فكسب في ذلك مالا كان له في الكسب وكان ضامنا لمانقص البيت وساحته وموضعه والنهر لانه متلف لذلك بفعله ولا يضمن شيئا من الماء لان الماء غير مملوك ولانه لم يفسد شيئا من الماء بعمله ولو أن رجلا له نهر اشترك هو ورجلان على أن جاء أحدهما برحاء والآخر بمتاعها على أن يبنوا البيت جميعا من أموالهم على أن ماكسبوا من شيء فهو بينهم فهو جائز وهذا مثل المسئلة الاولى اذا كانوا يتقبلون الطعام فالاجر بينهم أثلاثا والله أعلم بالصواب

باب الكراء الى مكة

(قال رحمه الله واذا استأجر بعيرين من الكوفة الى مكة لحمل على أحدهما محملا فيه

رجلان وما يصلحهما من الوطء والدثر وإحديهما زاملة يحمل عليه كذا مختوما والسويق وما يصلحهما من الخل والزيت والمعاليق وقد رأى الرجلين ولم ير الوطأ والدثر ولم يبين ذلك وشرط حمل مايكفيه من الماء ولم يبين ذلك فهذا كله فاسد في القياس لجهالة وزن الوطأ و لدثر وجهالة مقدار الماء والخل والزيت والمعاليق وهذه جهالة تفضي الى المنازعة فان الضرر على الأبل تختلف بقلة ذلك وكثرته وفى الاستحسان يجوز لانه متعارف وفى اشتراط اعلام وزن كل شيء من ذلك بعض الحرج ثم المقصود على أحد المحملين الرجلان وقد رآهما الجمال وعلى الجمال الآخر الدقيق والسويق وما سوى ذلك تبع اذا صار ماهو الأصل معلوما فالجهل فى البيع عفو ومقدار البيع يصير معلوما أيضا بطريق العرف وعلى هذا لو اشترط عليه أن يحمل له من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائز أيضا لانه متعارف معلوم المقدار عرفا ولو بين وزن المعاليق والهدايا كان أحب الينا لانه أبعد من المنازعة واذا أرادا الاحتياط فى ذلك فينبغى أن يسمى لكل محمل قربتين من ماء أو اداوتين من أعظم مايكون من ذلك ويكتب فى الكتاب أن الجمال قد رأى الوطأ والدثر والقربتين والاداوتين والخيمة والقبة فان ذلك أوثق وانما يكتب الكتاب على أوثق الوجوه وان اشترط عليه عقبة الأجير فهو جائز ويكتب وقد رأى الجمال الاجير وفى تفسير عقبة الاجير قولان أحدهما أن المستأجر ينزل فى كل يوم عند الصباح والمساء فذلك معلوم فيركب أجيره فى ذلك الوقت وسمى ذلك عقبة الاجير والثانى أن يركب أجيره فى كل مرحلة فرسخا أو نحوه مما هو متعارف على خشبة خلف المحمل ويسمى ذلك عقبة الاجير وفى كتاب الشروط قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرى أن يشترط من هدايا مكة كذا وكذا منا لان ذلك أبعد من المنازعة والمحمول من الهدايا يختلف في الضرر على الدابة باختلاف مقدار الوزن وان تكاري شق محمل أوشق زاملة فاختلفا فقال الجمال انما عينت عيدان المحمل وقال المستكرى بل عينت الابل فان كان الكراء كما يتكاري به لابل الى مكة فهو على الابل وان كان كما يتكارى به شق محمل خشب فالقول قول الجمال مع يمينه لانه اذا كان كما يتكارى به الاول فالظاهر يشهد للمستكرى وان كان شيئا يسيرا كما يتكارى به الخشب فالظاهر يشهد للجمال وعند المنازعة يجعل القول قول من يشهد له الظاهر كما لو اشتري قربة ماء بدانق فقال انما اشتريت القربة دون الماء لا يصدق ولو اشتراها بعشرين درهما قال السقاء بعت الماء دون القربة وكذلك لو اشترى مبطخة ثم قال المشتري اشتريت الارض وقال البائع انما بعت البطيخ

فانه بحكم الثمن فى ذلك فيجعل القول قول من يشهد له الظاهر واذا تكارى من الكوفة الى مكة ابلا مسماة بغير أعيانها فقال الحمال أخرجك فى عشر ذى القعدة فقال المستكرى أخرجنى فى خمس مضين أو على عكس ذلك فانه يخرجه فى خمس مضين فى الوجهين جميعا لانه لايخاف الفوت اذا خرج بعد خمس مضين فان أراد الحمال أن يخرجه قبل ذلك فهو يريد أن يلزمه ضرر السفر من غير حاجة اليه فيسقط عن نفسه مؤنة العلف فلا يمكن من ذلك واذا طلب المستكرى فى عشر ذى القعدة وهو يريد أن يلزم الحمال ضرر السفر من غير حاجة ليكون هو مترفها فى نفسه فلهذا لا يمكن من ذلك ولان بمطلق العقد انما يثبت المتعارف والمتعارف الخروج من الكوفة بخمس مضين فاذا أراد الحمال أن يتأخر الى نصف ذى القعدة وأبى ذلك المستكرى فليس للحمال ذلك لانه يخاف الفوت في هذا التأخير ويلحق المستكرى مشقة عظيمة باستدامة السفر وان قال المستأجر أخرجنى للنصف من ذى القعدة وقال الحمال أخرجك بخمس مضين فانه يرتكب مؤنة العلف فانى أؤخره لعشر مضين من ذى القعده ولا أؤخره لا كثر من ذلك لان الغالب ادراك الحج اذا خرج بعشر مضين والغالب هو الفوات اذا أخر الخروج أكثر من ذلك والمستحق بمطلق العقد صفة السلامة لانهاية الجودة وان كان بينهما شرطا حملهما على ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم الشرط أملك : أى يوفى به ولا بأس بأن يسلف فى كراء مكة قبل الحج سنة أو باشهر لان وقت الحج معلوم لايجهل وهذا بناء على مذهبنا ان الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل تصح (وعلى قول) الشافعي رحمه الله لاتصح الدار والحانوت والدواب وغير ذلك فيه سواء وهذا بناء على أصله ان جواز العقد باعتبار ان المنافع جعلت كالاعيان القائمة فانما يتحقق ذلك اذا اتصل المعقود عليه بالعقد في الاجارة المضافة ولا يوجد ذلك ثم الاضافة الى وقت فى المستقبل كالتعليق بالشرط حتى ان ما يحتمل التعليق بالشرط يجوز اضافته الى وقت فى المستقبل كالطلاق والعتاق وما لا فلا كالاجارة والبيع ثم الاجارة لا تحتمل التعليق بالشرط فلا تحتمل الاضافة الى وقت في المستقبل والدليل عليه أنه لا يتعلق به اللزوم ولا يملك الأجر بنفس العقد وان شرط التعجيل فلو انعقد العقد صحيحا لانعقد بصفة اللزوم ويملك الاجر به اذا شرط التعجيل فان ذلك موجب العقد وحجتنا فى ذلك أن جواز عقد الاجارة لحاجة الناس وقد تمس الحاجة الى الاستئجار مضافا الى وقت فى المستقبل لان فى وقت حاجته ربما لايجد ذلك أولا يجده باجر المثل فيحتاج الى أن يسلف فيه قبل ذلك

ثم قد بينا انه وان أطلق العقد فهو في معنى المضاف في حق المعقود عليه لانه يتجدد انعقاده بحسب مايحدث من المنفعة أو تمام العين المنتفع بها مقام المعقود عليه في هذا العقد ولا فرق في هذا بين المضاف الى وقت في المستقبل وبين المعقود عليه في الحال وهذا لان ذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه كالكيل فيما يكال وذلك لايختلف به وبه فارق التعليق بالشرط فان التعليق يمنع انعقاد العقد في الحال والاضافة لاتمنع من ذلك وفي لزوم الاجارة المضافة روايتان وأصح الروايتين أنه يلزم وليس لاحدهما أن يفسخ الا بعذر فان الاجر لا يملك بشرط التعجيل وقد بينا الفرق بين هذا وبينما اذا شرط التعجيل في عقد الاجارة في الحال لان هناك تأخر الملك بقضية المساواة فيحتمل التغير بالشرط وهنا تأخر الملك لنصيهما على التأخير باضافة العقد الى وقت في المستقبل فلا يتغير ذلك بالشرط ولو تكارى ابلا الى مكة بشئ من المكيل أو الموزون معلوم القدر والصفة وجعل له أجلا مسمى فهو جائز وان لم يسم الموضع الذى يوفيه فيه وقد نص على الخلاف فيما تقدم أن على قول أبي حنيفة رحمه الله لابد من بيان المكان فتبين بذلك أن هذا الجواب قولهما وان حل الاجل بمكة وأراد أخذه هناك وأبى المستأجر فأنا استوثق من المستأجر على أن يوفيه بالكوفة حيث تكارى وقد ذكرنا على قولهما أن في اجارة الدار يتعين للايفاء موضع الدار وهنا ذلك غير ممكن لان الأجر يجب شيئا فشيئا بحسب سير الدابة في الطريق فيتعذر تعيين موضع استيفاء المعقود عليه للايفاء وربما يتعين للتسليم موضع السبب وهو العقد وان كان الأجر شيئا بعينه مما له حمل ومؤنة فانما يتعين لايفائه الموضع الذى فيه ذلك العين لانه ملك في ذلك الموضع بعينه كالمبيع بخلاف مالا حمل له ولا مؤنة فانه يسلم اليه بعد الوجوب حيث مالقيه وقد بينا الفرق بينهما في البيوع ولو تكاري منه حملا وزاملة وشرط حملا معلوما على الزاملة فأكل من ذلك الحمل أو نقص من الكيل والوزن كان له أن يتم ذلك في كل منزل ذاهبا وجائيا لانه استحق بالعقد حملا مسمى على البعير في جميع الطريق فيكون له أن يستوفي ما استحقه بالشرط وليس للجمال أن يمنعه من ذلك بخلاف الحمل فانه اذا شرط فيه انسانين معلومين فليس له أن يحمل غيرهما الا برضاء الجمال لان الضرر على الدابة يختلف باختلاف الراكب وان خرج بالبعيرين يقودهما ولا يركبهما ولم يحمل عليهما جائيا فعليه الاجر كاملا لتمكنه من استيفاء المعقود عليه وكذلك لو بعث بهما مع عبده يقودهما لما بينا أن المعقود عليه خطوات الدابة في الطريق وقد صار مسلما الى

المستأجر تقود الدابة معه في الطريق واذا مات الرجل بعد ما قضي المناسك ورجع الى مكة فانما عليه من الاجر بحساب ذلك لان العقد فيما بقى قد بطل بموته فيسقط الاجر بحسابه ويجب في تركته بحساب ما استوفى ثم بين فقال يلزمه من الكراء خمسة أعشار ونصف ويبطل عنه اربعة أعشار ونصف وبيان تخريج هذه المسئلة أن من الكوفة الى مكة سبعا وعشرين مرحلة فذلك للذهاب والرجوع كذلك وقضاء المناسك تكون في ستة أيام في يوم التروية يخرج الي منى وفي يوم عرفة يخرج الى عرفات وفي يوم النحر يعود الى مكة لطواف الزيارة وثلاثة أيام بعده للرمى فيحسب لكل يوم مرحلة فاذا جمع ذلك كله كان ستين مرحلة كل ستة من ذلك عشر فاذا مات بعد قضاء المناسك والرجوع الى مكة فقد تقرر عليه ثلاثة وثلاثون جزأ من ستين جزأ من الاجر سبعة وعشرين جزأ للذهاب الى مكة وستة أجزاء لقضاء المناسك وذلك خمسة أعشار ونصف عشر كل عشر ستة وربما يشترط المر على المدينة فيزداد به ثلاثة مراحل فان من الكوفة الي مكة على طريق المدينة ثلاثين مرحلة فان كان شرط ذلك في الذهاب تكون القسمة علي ثلاثة وستين جزأ ويتقرر عليه ستة وثلاثون جزأ من ثلاثة وستين جزأ من الاجر ثلاثون للذهاب وستة لقضاء المناسك وان كان الشرط المر على المدينة في الرجوع فعليه ثلاثة وثلاثون جزأ من ثلاثة وستين جزأ من الاجر سبعة وعشرين للذهاب ولقضاء المناسك ستة أجزاء وان كان الشرط بينهما أن الذهاب من طريق المدينة والرجوع كذلك فالقسمة على ستة وستين جزأ وانما يتقرر عليه ستة وثلاثين جزأ من ستة وستين للذهاب ثلاثون ولقضاء المناسك ستة أجزاء فحاصل مايتقرر عليه ستة أجزاء من احدى عشر جزأ من الاجر وحرف هذه المسئلة أنه لم يعتبر السهولة والوعورة في المراحل لقسمة الكراء عليها لان ذلك لا يملك ضبطه والكراء لا يتفاوت باعتباره عادة وانما يتفاوت بالقرب والبعد فلهذا قسمه على المراحل بالسوية كما بينا وان تكارى قوم مشاة بعيرا الى مكة واشترطوا على المكارى أن يحمل من مرض منهم أو أعيا فهذا فاسد للجهالة وربما تفضي هذه الجهالة الى المنازعة ولو اشترطوا عليه عقبة لكل واحد منهم كان جائزا لان ذلك معلوم لا تمكن بعده المنازعة واذا أراد المستأجر أن يبدل محمله ليحمل محملا غيره فان لم يكن في ذلك ضرر فله ذلك لما بينا أن التعيين الذى ليس بمفيد لا يكون معتبرا وان أراد أن ينصب على المحمل كنيسة أو قبة فليس له ذلك الا برضاء من المكاري لما في ذلك من زيادة الضرر على البعير وذلك لا يستحق الا بالشرط وان اشترط

عليه كنيسة بعينها فاراد أن يحمل كنيسة أعظم منها أو قبة فليس له ذلك لان هذا تعيين مفيد وفى التبديل زيادة ضرر على دابته وان أراد أن يحمل كنيسة دونها فله ذلك لانها أخف على البعير من المشروط وان أراد الجمال أن لا يخرج الى مكة فليس له عذر لانه يتمكن من تسليم المعقود عليه من غير أن يخرج بأن يبعث بالابل مع أجيره أومع غلامه وان أراد المستأجر أن لا يخرج من عامه ذلك فهذا عذر لانه لا يتمكن من الاستيفاء الا بتحمل مشقة السفر وفيه من الضرر مالا يخفى وكذلك لو كان اكترى الابل لحمل الطعام الى مكة فبلغه كساد أوخوف أوبداله ترك التجارة فى الطعام فهذا عذر له لانه لا يتمكن من استيفاء المعقود عليه الا بضرر لم يلتزمه بأصل العقد وذلك عذر لفسخ الاجارة والله أعلم بالصواب

باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته

(قال رحمه الله واذا استأجر أجيرا يعمل له فى بيته عملا مسمى ففرغ الاجير من العمل في بيت المستأجر ولم يضعه من يده حتى فسد العمل أو هلك وله الاجر) لان عمله صار مسلما الى المستأجر لان محل العمل فى يد المستأجر لانه في بيته والبيت مع مافيه فى يد صاحب البيت فكما صار مسلما تقرر الاجر فى ذمته ولا ضمان على الاجير فيما هلك من غير فعله لان مال صاحبه هلك في يده وكذلك لو استأجره يخيط له في بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه ثم سرق منه الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم فى ذلك الجزء عند حصول كمال المقصود فلو كان استأجره ليخيط فى بيت الاجير لم يكن له شئ من الاجر لانه لا يصير عمله مسلما الى صاحب الثوب فان الثوب فى يد الاجير لانه في بيته ولا يقال قد اتصل عمله بملك صاحب الثوب لان اتصال العمل بملكه يوجب الملك له فيما اتصل به ولكن لما لم يكن أصل الثوب فى يده فيده لا تثبت على ما اتصل به أيضا وخروجه من ضمان العامل وتعذر الاجر على المستأجر باعتبار ثبوت اليد له على المعمول واستشهد بما قال انه لو استأجره يبنى له حائطا فبنى بعضه أو كله ثم انهدم فله أجر مابنى لانه فى ملك صاحب البناء وكذلك حفر البئر وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبز له فى بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحساب ماعمل وان كان يخبز فى بيت الخباز لم يكن له من الاجر شئ

ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه أجير مشترك فلا يضمن ماهلك في يده بغير فعله وان احترق الخبز في التنور قبل أن يخرجه فهو ضامن لان هذا من جناية يده ويتخير صاحب الخبز إن شاء ضمنه قيمته مخبوزا وأعطاه الاجر وان شاء ضمنه دقيقا ولم يكن له أجر وقد بينا نظيره في القصار وان استأجر رجلا يحمل له طعاما الى موضع معلوم فسرق منه في بعض الطريق فله الاجر بقدر ماحمل لان المعقود عليه ههنا منافعه لاحداث وصف في المحل فبقدر ماحمل يصير المعقود عليه مسلما الى صاحبه فكان له من الأجر بقدره بخلاف ما تقدم فالمعقود عليه هناك الوصف الذي يحدث في المحل بعمله وثبوت اليد علي الوصف بثبوته علي الموصوف فما لم تثبت يد المستأجر علي محل العمل لايصير مسلما العمل فلا يتقرر الأجر وعلى هذا قلنا في كل موضع اذا هلك لم يكن له فيه أجر فله أن يحبسه حتى يأخذ الاجر كالخياط والقصار في بيت نفسه وفي كل موضع لو هلك كان له الاجر فليس له أن يحبسه كالحمال والخياط والخباز في بيت صاحب العمل فان حبسه وهلك عنده فهو ضامن لانه غاصب في الحبس حين لم يكن له حق الحبس والعمال الذين يعملون في بيت المستأجر ضامنون لما جنت أيديهم مثل ما يضمنون ما عملوا في بيوتهم لان العامل أجير مشترك سواء عمل في بيت نفسه أو في بيت المستأجر فيكون المعقود عليه العمل وعقد المعاوضة تقتضي سلامة المعقود عليه فالعمل المعيب لايكون معقودا عليه وهذا بخلاف ما اذا استأجره يوما ليخيط له ثوبا في بيته فانه لايضمن ماجنت يده لان المعقود عليه منافعه (ألا ترى) أنه ليس له أن يعمل ذلك في غير يومه وأنه يستوجب الاجر بتسليم النفس وان لم يستعمله ولو استأجر طباخا يصنع له طعاما في وليمة فافسد الطعام فاحرقه ولم ينضجه فهو ضامن لانه أجير مشترك وهذا من جناية يده ولو لم يفسد الطباخ ولكن رب الدار اشترى راوية من ماء فأمر صاحب البعير فادخلها الدار فساق البعير فعطب فخر على القدور فكسرها فافسد الطعام فلا ضمان على صاحب البعير لانه ساقها بأمر رب الدار وفعله كفعل رب الدار وسوق الانسان الدابة في ملك نفسه لايكون تعديا موجبا للضمان كحفر البئر ووضع الحجر في ملك نفسه ولا ضمان على الطباخ فيما عمل من الطعام لان التلف حصل بغير فعله بل بفعل مضاف الى صاحب الدار حكما وكذلك لو كان البعير سقط على ابن رب الدار وهو صبي فقتله أو على عبده فلا ضمان عليه لان التسبب اذا لم يكن تعديا لايكون موجبا للضمان على أحد ولو أدخل الطباخ النار ليطبخ بها فوقعت شرارة

واحترقت الدار فلا ضمان عليه لان له أن يدخل النار ويعمل بها فعمله لا يتأتى بدونها ولا ضمان على رب الدار فيما احترق للسكان لانه أدخل النار فى ملكه ومن أوقد النار فى ملكه لا يكون متعديا فيه فكذلك اذا فعل غيره بأمره والله أعلم بالصدق والصواب

باب اجارة الفسطاط

(قال رحمه الله واذا استأجر فسطاطا يخرج به الى مكة ذاهبا وجائيا ويحج ويخرج من الكوفة فى هلال ذى القعدة فهو جائز) لانه استاجر عينا منتفعا به وهو معتاد استئجاره والفسطاط من المساكن فاستئجاره كاستئجار البيت وكذلك الخيمة والكنيسة والرواق والسرادق والمحمل والجرب والجوالق والحبال والقرب والبسط فذلك كله منتفع به معتاد استئجاره فان تكارى شيئا من ذلك ليخرج به الى مكة ذاهبا وجائيا ولم يسم متى يخرج به فهو فاسد فى القياس لان وجوب التسليم اليه حين يخرج به واذا لم يكن معلوما فربما تمكن بينهما منازعة فيه والناس يتفاوتون فيه بالخروج الى مكة فمن بين مستعجل ومؤخر ولكنه استحسن فقال وقت الخروج للحج من الكوفة معلوم بالعرف والمتعارف كالمشروط وهذا لان المعتبر الوقت الذى تخرج فيه القافلة مع جماعة الناس ولامعتبر بالافراد وذلك الوقت معلوم وان تخرق الفسطاط من غير خلاف ولا عنف لم يضمن المستأجر لان العين فى يده أمانة فان نقيضه يقرر حق صاحبه فى الاجر وهو مأذون فى استيفاء المنفعة على الوجه المعتاد فلا يكون ضامنا لما يتخرق منه اذا لم يجاوز ذلك وان ذهب به ورجع فقال استغنيت عنه فلم أستعمله فالاجر واجب عليه لانه تمكن من الانتفاع به وذلك يقوم مقام الانتفاع به فى تقرر الاجر عليه ولو انقطعت أطنابه وانكسر عموده فلم يستطع نصبه لم يكن عليه أجر لانه لم يكن متمكنا من الانتفاع به والاجر لا يلزمه بدونه فالقول فيه قول المستأجر مع يمينه لانهما اتفقا أنه لم يتمكن من استيفاء جميع المعقود عليه وان الصفقة قد تفرقت عليه فالقول قول المستأجر فى مقدار ما استوفى وكذلك لو احترق فقال المستأجر لم أستعمله إلا يوما واحدا فالقول قوله وليس عليه الكراء الا مقدار ذلك لانه منكر للزيادة ولو أسرج المستأجر فى الفسطاط أو فى الخيمة حتى اسود من الدخان أو احترق أو علق فيه قنديلا فان كان صنع كما يصنع الناس فلا ضمان عليه وان كان تعدى فيه أو اتخذه مطبخا أو أوقد فيه نارا حتى صار بمنزلة المطبخ من

السواد فهو ضامن لما أفسد لان بمطلق العقد يثبت له حق استيفاء المنفعة على الوجه المتعارف فاذا لم يجاوز ذلك لا يكون ضامنا وهذا لان الفسطاط من المساكن وادخال السراج والقنديل وايقاد النار في المسكن متعارف لابد للساكن منه ولكن اذا جاوز الحد المتعارف فهو متعدي فيما صنع فيكون ضامنا لما أفسد وكان عليه الكراء اذا كان مابقي منه شيئا ينافي السكنى فيه فان كان دون ذلك فلا كراء عليه منذ يوم لزمه الضمان لانعدام تمكنه من الانتفاع به في بقية المدة وان اشترط عليه صاحبه أن لا يوقد فيه ولا يسرج فليس له أن يوقد فيه ولا يسرج لان هذا أضر من السكنى فيه من غير اسراج وقد استثناه صاحبه بالشرط والتقييد متى كان مفيدا فهو معتبر فان فعل ذلك ضمن لانه جاوز مااستحقه بالعقد وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وانما ضمن باعتبار الزيادة فلا يمنع ذلك تقرر الاجر باستيفاء المعقود عليه كالمستأجر للدابة الى مكان اذا جاوز واذا استأجر قبة تركية بالكوفة كل شهر بأجر معلوم ليستوقد فيها ويبيت فهو جائز ولا ضمان عليه ان احترقت من الوقود لان الايقاد فيها معتاد فلا يكون هو متعديا بالايقاد فيها فان بات فيها عبده أو ضيفه فلا ضمان لانها من المساكن وقد بينا أن له أن يسكن ضيفه وعبده فيما سكن فيه هو وهذا لانه لاضرر على القبة بكثرة من يسكنها واذا استأجر فسطاطا يخرج به الي مكة فقعد وأعطاه أخاه فحج ونصب واستظل به فهو ضامن ولا أجر عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا ضمان عليه وعليه الاجر لان الفسطاط من المساكن وفي المسكن لا يتعين سكناه بنفسه لان سكناه وسكنى غيره في الضرر على الفسطاط سواء فهو كتسليم البيوت (ألا ترى) أنه لو أخرج الفسطاط فيه بنفسه ثم أسكن فيه غيره لم يضمن فلذلك اذا دفعه الى غيره حتى يخرج به وهو نظير مالو استأجر عبدا يخدمه في طريق مكة فاجره من غيره بخدمة لم يضمن وتفاوت الناس في الاستخدام والاضرار على الغلام أبين من التفاوت في السكنى في الفسطاط ثم لما لم يتعين هناك المستأجر للاستخدام فهذا أولى وجه قولهما أن الفسطاط يحول من موضع الى موضع والضرر عليه يتفاوت بتفاوت مواضع النصب فان نصبه في مهب الريح يخرقه ونصبه من موضع الندوة والنز يفسده فاذا كان هذا مما يتفاوت فيه الناس وبحسبه يختلف الضرر فكان التعيين معتبرا بمنزلة الدابة استأجرها ليركبها أو الثوب يستأجره ليلبسه هو فاذا دفعه الى غيره صار مخالفا ضامنا ولا أجر عليه لانه لم يستوف المعقود عليه وهذا بخلاف المسكن فانه لا يحول من

موضع الى موضع بخلاف العبد لان الاستخدام له حد معلوم بالعرف فاذا كلفه فوق ذلك امتنع العبد منه سواء كان المستأجر هو الذى يستخدمه أو غيره فلا فائدة في التعيين هنالك بخلاف ما اذا خرج بنفسه لانه هو الذى يختار موضع النصب للفسطاط واذا كان ذلك برأيه كما أوجبه العقد فسكناه وسكنى غيره بعد ذلك سواء فاما اذا دفعه الى غيره ليخرج به فاختيار موضع نصب الفسطاط لا يكون برأيه بل يكون برأى الذى خرج به وذلك خلاف موجب العقد وعلى هذا قالوا لو لم يبين عند الاستئجار من يخرج به فالعقد فاسد فى قول أبي يوسف رحمه الله كما لو لم يبين من يلبس الثوب عند الاستئجار وعند محمد رحمه الله العقد جائز كما فى خدمة العبد وسكنى الدار ولو انقطعت أطناب الفسطاط كلها فصنعها المستأجر من عنده ثم نصب الفسطاط حتى رجع فعليه الاجر كله لانه استوفى المعقود عليه فالمعقود عليه منفعة الفسطاط لا منفعة الاطناب فاذا تمكن من استيفاء المعقود عليه باطناب نفسه لزمه الأجر كما في استئجار الرحا اذا انقطع الماء فطحن المستأجر بجمله وجب عليه الأجر ثم يمسك أطنابه لانه ملكه فيمسكه اذا رد الفسطاط ولو لم تداق عليه الأطناب لم يكن عليه الكراء لانه لم يكن متمكنا من استيفاء المعقود عليه بملك صاحب الفسطاط ولا يعتبر تمكنه من الاستيفاء بملك نفسه لان ذلك ليس مما أوجبه العقد وكذلك لو انكسر عمود الفسطاط فاما اذا انكسرت أوتاده فلم يضر به حتى رجع كان عليه الكراء كاملا وليس الاوتاد مثل الاطناب والعمود لان الاوتاد من قبل المستأجر والأطناب والعمود من قبل صاحب الفسطاط ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول أنه بنى هذا الجواب على عرف ديارهم فاما فى عرف ديارنا الاوتاد من قبل صاحب الفسطاط والأصح أن يقول من الاوتاد ما يتيسر وجوده فى كل موضع ولا يتكلف بحمل مثله من موضع الى موضع فهذا على المستأجر ومنه ما يكون متخذا من حديد وذلك لا يوجد فى كل موضع فمثله يكون على صاحب الفسطاط كالعمود فمراده مما قال الاوتاد التى توجد فى كل موضع فبانكسارها لا يزول تمكنه من استيفاء المعقود عليه فيكون الاجر عليه بخلاف العمود والاطناب وان تكاري فسطاطا يخرجه الى مكة فخلفه بالكوفة حتي رجع فهو ضامن لانه أمسكه في غير الموضع المأذون فيه فان صاحبه انما أذن له فى الامساك فى الطريق ليقرر حقه فى الاجر ويفوت عليه هذا المقصود اذا أمسكه بالكوفة وامساك الغير بغير اذن مالكه موجب الضمان عليه ولا كراء عليه لانه ما تمكن من استيفاء المعقود عليه فالمعقود عليه نصبها

وسكناها فى الطريق وذلك لايتأتى اذاخلفها بالكوفة والقول قوله مع يمينه بالله ماأخرجه لانه ينكر التمكن من استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر عليه فهو كمالو أنكر قبض الفسطاط أصلا وكذلك لوأقام بالكوفة ولم يخرج ولم يدفع الفسطاط الى صاحبه فهومثل الاول لوجودالامساك لاعلى الوجه الذى أذن له فيه صاحبه وكذلك لوخرج ودفع الفسطاط الى غلامه فقال ادفعه الى صاحبه فلم يدفع حتى رجع المولى فهو مثل الاول لانه لم يصل الى صاحبه وكونه فى يد غلامه ومالوخلفه فى بيته بالكوفة سواء وكذلك لودفعه الى آخر وأمره أن يرده الى صاحبه فلم يفعله لانه مخالف بالامساك فى غير الموضع المأذون فيه وبالتسليم الى الاجنبي أيضا ولوحمله الرجل الى صاحب الفسطاط فأبى أن يقبله برئ المستأجر والرجل من الضمان ولاأجر عليه لان صاحب الفسطاط تمكن من فسطاطه حين رد عليه وفعل مأمور المستأجر كفعل المستأجر بنفسه ولو رده بنفسه لم يكن لصاحبه أن يمتنع من قبوله لان هذا عذر له لانه يحتاج الي مؤنة فى اخراج الفسطاط وله أن يلتزم تلك المؤنة فكذلك اذا رده ثانية لم يكن له أن يمتنع من قبوله ولو هلك الفسطاط عند هذا الآخر قبل أن يحمله الى صاحبه فلصاحب الفسطاط أن يضمن أيهما شاء لان كل واحد منهما متعدى فى حقه غاصب فان ضمن الوكيل رجع به علي المستأجر لانه ضمن فى عمل باشره له بامره وان ضمن المستأجر لم يرجع به علي الوكيل لانه لورجع عليه رجع الوكيل به أيضا ولان يد الوكيل قائمة مقام يد المستأجر فهلاكه فى يد الوكيل كهلاكه فى يد المستأجر وان ذهب بالفسطاط الي مكة ورجع به فقال المؤاجر للمستأجر احمله الى منزلي فليس له ذلك علي المستأجر ولكنه على رب المتاع لما بينا أن منفعة النقل حصل لرب المتاع من حيث أنه تقرر حقه فى الاجر فكانت مؤنة الرد عليه بخلاف المستعير وان لم يخرج بالفسطاط وخلفه بالكوفة فضمنه وسقط عنه الاجر فالحمولة على المستأجر لانه بمنزلة الغاصب وهو الذى ينتفع بالرد من حيث أنه برأ نفسه عن الضمان وان استأجر دابة الى بلدة أخرى فقبضها وذهب صاحب الدابة فان حبسها بالكوفة على قدر مايحبسها الناس الى أن يرتحل فلا ضمان عليه وان حبسها مما لا يحبس الناس مثله يومين أو ثلاثة فهو ضامن لها ولا كراء عليه لانه أمسكها في غير الموضع الذى أذن له صاحبها فى الامساك وفى هذا الخلاف ضرر على صاحبها فان حقه فى الاجر لا يتقرر بامساكها في هذا الموضع فلهذا كان ضامنا الا أن المقدار المتعارف من الامساك يصير مستحقا له بالعرف فيجعل كالمشروط بالنص واذا استأجر الرجلان

فسطاطا من الكوفة الي مكة ذاهبا وجائيا فقال أحدهما انى أريد ان آتى بالبصرة وقال الآخر انى أريد أن أرجع الي الكوفة وأراد كل واحد منهما يأخذ الفسطاط من صاحبه فالمسئلة على ثلاثة أوجه اما أن يدفع الكوفى الى البصرى أو البصرى الي الكوفى أو يختصما فيه الى القاضى بمكة فاما اذا دفعه الكوفى الى البصرى فذهب به الى البصرة واستعمله فلرب الفسطاط أن يضمن البصري قيمته ان هلك لانه غاصب مستعمل فى غير الموضع الذى أذن له صاحبه فيه وكذلك ان لم ينصبه فهو بالامساك في غير الموضع الذى أذن له صاحبه فيه يكون ضامنا قيمته ان هلك وعليهما حصة الذهاب من الاجر ولا أجر على واحد منهما فى الرجوع أما البصرى فلانه مارجع من الكوفة وقد تقرر عليه ضمان القيمة وأما الكوفى فلانه لا يكون متمكنا من استيفاء المعقود عليه فى الرجوع حين ذهب البصرى بالفسطاط وان أراد صاحبه أن يضمن الكوفي فان أقر أنه أمره أن يذهب به الي البصرة كان له أن يضمنه نصف قيمته لان النصف كان أمانة فى يده وقد تعدى بالتسليم الى صاحبه ليمسكه علي خلاف مارضى به صاحبه فكان له أن يضمنه ويضمن البصري نصف قيمته وان قال الكوفى لم آمره أن يذهب به الى البصرة ولكنى دفعته اليه ليمسكه حتى يرتحل فلا ضمان عليه لان الفسطاط مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد من المستأجرين أن يتركه في يد صاحبه ولا يكون تسليمه الي صاحبه ليمسكه في الموضع الذى تناول الاذن موجع الضمان عليه والقول قوله فى ذلك مع يمينه لانه ينكر سبب وجوب الضمان عليه وصاحب الفسطاط يدعي ذلك عليه وان دفعه البصرى الي الكوفي فرجع به الى الكوفة فالكراء عليهما جميعا على البصرى نصفه وعلى الكوفى نصفه لان الكوفى استوفي المعقود عليه فى الرجوع فى نصيب نفسه باعتبار ملكه وفى نصيب البصرى بتسليطه اياه على ذلك وذلك ينزل منزلة استيفائه بنفسه فيجب الكراء عليهما ولا ضمان علي واحد منهما ان هلك قيل هذا قول محمد رحمه الله فأما عند أبى يوسف رحمه الله ينبغى أن يكون البصرى ضامنا ولا كراء عليه في الرجوع كما لو دفعه الى أجنبي آخر وقد بيناه والاصح أنه قولهم جميعا لان صاحب الفسطاط هنا قد رضي برأى كل واحد منهما فى النصب واختيار الموضع لذلك بخلاف الاجنبي فصاحب الفسطاط هناك لم يرض برأيه فى اختيار موضع النصب وان غصبه الكوفى فعلى الكوفي حصته من الاجر ذاهبا وجائيا لانه استوفى المعقود عليه وعلي البصري أجره ذاهبا وليس عليه أجر فى الرجوع لان نصيبه كان فى يد الغاصب ولم يكن هو متمكنا من استيفاء المعقود عليه

حين ذهب من طريق البصرة ويكون الكوفى ضامنا لنصف قيمته ان هلك لانه غاصب للنصف من البصرى فيكون ضامنا وان ارتفعا الى القاضي بمكة فللقاضى فى ذلك رأى فان شاء لم ينظر فيما يقولان حتى يقيما عنده البينة لان صاحب الفسطاط غائب وهما يدعيان على القاضي وجوب النظر عليه فى حق الغائب في ماله فلا يلتفت الى ذلك اذا لم يعرف سببه فان فعل القاضي بذلك ولم يجدا بينة فدفعه البصرى الى الكوفى فهو على الجواب الاول الذي قلنا اذا لم يرتفعا الى القاضي واذا أقام البينة عنده على ما ادعيا قبلت البينة لانهما أثبتا سبب وجوب ولايته فى هذا المال ووجوب النظر للغائب وهذه بينة تكشف الحال فتقبل من غير الخصم أو القاضي كأنه الخصم فى موجب هذه البينة ثم يحلف البصري على مايريد من الرجعة الى البصرة لانه يدعى العذر الذى به يفسخ الاجارة فى نصيبه وذلك شئ فى ضميره لايقف عليه غيره فيقبل قوله فيه مع يمينه وان شاء نظر فى حالهما من غير اقامة البينة احتياطا فى حق الغائب واذا حلف البصرى فالقاضي يخرج الفسطاط من يده لانها ليس من النظر للغائب ترك الفسطاط في يده ليذهب به الى البصرة ولكنه يؤاجر نصيبه من كوفى مع الكوفى الاول ليتوصل صاحب الفسطاط الي غير ملكه ويتوفر عليه الكراء بجميع الفسطاط فى الرجوع وان أراد الكوفى أن يستأجر نصيب البصري فهو أولى الوجوه لان صاحب الفسطاط كان راضيا بكون الفسطاط فى يده ولان اجارته منه تجوز بالاتفاق لانه اجارة المشاع من الشريك وذلك جائز وفعل القاضي فيما يرجع الى النظر للغائب كفعل الغائب بنفسه وان لم يرغب فيه حينئذ يؤاجره من كوفى آخر فيجوز ذلك علي قول من يجوز اجارة المشاع وعلى قول من لايجوز ذلك فهذا فصل مجتهد فيه فاذا امضاه القاضي باجتهاده نفذ ذلك منه وان لم يجد من يستأجره من أهل الكوفة يدفع الفسطاط الي الكوفى وقال نصفه معك بالاجارة الأولى ونصفه معك وديعة حتي يبلغ صاحبه فهو جائز لما فيه من معنى النظر للغائب باتصال عين ملكه اليه وعلي الكوفى نصف الاجر فى الرجوع لانه استوفي المعقود عليه والشيوع طارئ فلا يمنع بقاء الاجارة ولا أجر علي البصرى في الرجعة لانه استوفي المعقود عليه فسخ العقد بعذر عند القاضي ولا ضمان عليه أيضا لان تسليمه الى القاضي كتسليمه الى صاحبه فالقاضي نائب عنه فيما يرجع عليه لذلك وان تكار فسطاطا من الكوفة الى مكة ذاهبا وجائيا وخرج الى مكة فخلفه بمكة ورجع الى الكوفة فعليه الكراء ذاهبا وهو ضامن لقيمة الفسطاط يوم خلفه لانه تركه فى غير

الموضع الذى رضي صاحبه بتركه فيه وان لم يختصما حتى حج من قابل فرجع بالفسطاط فلا أجر عليه فى الرجعة لانه كان استأجره فى العام الماضي وقد انتهى العقد بمعنى ذلك الوقت فيكون غاصبا ضامنا فى استعماله فى العام الثانى وكل من استأجر فسطاطا أومتاعا أوحيوانا اذافسد ذلك حتى لا ينتفع به أوغصبه غاصب فلا أجر على المستأجر منذ يوم كان ذلك لانعدام تمكنه من استيفاء المعقود عليه وعليه أجر ماقبله والقول قول المستأجر اذا اختلفا يوم اختصما وهو على ماوصفنا من الفساد أو الغصب مع يمينه لان انعدام تمكنه من الاستيفاء فى الحال يمنع البناء على استصحاب الحال فيما مضى والبينة بينة المؤاجر لانه يثبت حقه ببينته ولا تقبل بينة المستأجر على خلاف ذلك لانه ينفي ببينته مايثبته الآخر من الاجر • رجل تكارى دابتين من رجل صفقة واحدة بعشرة دراهم ليحمل عليهما عشرين مختوما فحمل على كل واحدة منهما عشرة مخاتيم فانما يقسم الأجر على أجر مثل كل واحدة منهما وذلك لصاحبهما لان المسمى بمقابلة منفعة دابتين ولو كان بمقابلة عينهما بان يتبعا وجب قيمته على قيمتهما فكذلك اذا كان بمقابلة منفعتهما وقيمة المنفعة أجر المثل فلهذا يقسم على ذلك ولا ينظر الى ماحمل على كل دابة (ألا ترى) أنه لوساقهما ولم يحمل عليهما شيئا وجب الاجر عليه والله أعلم

باب الاجارة الفاسدة

(قال رحمه الله رجل استأجر من رجل ألف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد وكذلك الدنانير وكل موزون أومكيل) لان الانتفاع بها لا يكون الا باستهلاك عينها ولا يجوز أن يستحق بالاجارة استهلاك العين ولا أجر عليه لان العقد لم ينعقد أصلا لانعدام محله فحل الاجارة منفعة تنفصل عن العين بالاستيفاء وليس لهذه الاموال منفعة مقصودة تنفصل عن العين وبدون المحل لا ينعقد العقد وهو ضامن للمال لان العقد لما صار لغوا بقى مجرد الاذن فكانه أعاره إياه وقد بينا أن العارية فى المكيل والموزون قرض واذا استأجر ألف درهم ليزن بها يوما الى الليل باجرة مسماة فهو جائز وكذلك لواستأجر حنطة مسماة يعبر بها مكاييل له يوما الى الليل فهو جائز وذكر الكرخى رحمه الله فى مختصره أنه لا يجوز قيل مارواه الكرخى رحمه الله محمول على ماذا استأجرها ليعبر بها مكيا لا بغير عينها وماذكر فى ا كتاب محمول على ماذا استأجرها ليعبر بها مكيلا لا بعينه فيكون المعقود عليه معلوما

وقيل بل فيه روايتان وجه ماقال الكرخي رحمه الله ان هذا النوع من الانتفاع غير مقصود بهذه الاعيان واذا كان لا يجوز استئجارها للمنفعة التي هي مقصودة منها فلان لايجوز استئجارها للمنفعة التي هي غير مقصودة منها أولى وجه ظاهر الرواية ان ماسمى عملا يعمل بالمستأجر مع بقاء عينه فان الوزن بالدراهم عمل مقصود كالوزن بالحجر ولو استأجر حجرا ليزن به يوما جاز فكذلك الدراهم وهذا لان المنافع عند اطلاق العقد كونه متضمنا استهلاك العين لو صح وقد انعدم ذلك بتسمية منفعة تستوفى مع بقاء العين وهو مقصود في الناس أو كالاناء يستأجره ليعمل به أو الثوب ليلبسه وان استأجر نصيبا في أرض غير مسماة لم يجز وكذلك العبد والدابة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال هو جائز وهو بالخيار اذا علم النصيب وهو قول محمد رحمه الله وقد ذكر في آخر الشفعة انه لو باع نصيبه من الدار والمشترى لا يعلم كم نصيبه لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع أبو يوسف وقال يجوز فأبو حنيفة استمر على مذهبه في الفصلين حيث لم يجوز البيع والاجارة في النصيب المجهول ومسئلة الاجارة له أيضا بناء على اجارة المشاع فانه لايجوز الاجارة في النصيب الشائع وان كان معلوما فاذا كان مجهولا أولى وأبو يوسف رحمه الله استمر على مذهبه أيضا فانه جوز البيع والاجارة في نصيب العاقد وان لم يكن ذلك معلوما للاجير عند العقد لان اعلامه ممكن بالرجوع الى قول الموجب ومن أصله أيضا جواز الاجارة في الجزء الشائع ومحمد رحمه الله فرق بين البيع والاجارة وقال في البيع الثمن يجب بنفس العقد فلو صح العقد وجب الثمن بمقابلة مجهول وفي الاجارة لايجب الا عند استيفاء المنفعة وعند ذلك نصيب المؤاجر معلوم فانما يجب البدل بمقابلة المعلوم ومن أصله جواز الاجارة في المشاع وان استأجر مائة ذراع مكسرة من هذه الدار أو أجر مائتين من هذه الارض فانه لايجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو جائز في قولهما وهو بناء على ماذكرنا في البيوع اذا باع مائة ذراع من هذه الدار عند أبي حنيفة رحمه الله لايجوز لان الذراع اسم لبقعه معلومة يقع عليها الذرع وذلك يتفاوت في الدار فكما لا ينعقد البيع صحيحا بهذا اللفظ فكذلك الاجارة وعندهما ذكر الذراع كذكر السهم حتى ينعقد به البيع صحيحا فكذلك الاجارة وهو بناء على اختلافهم أيضا في اجارة المشاع ولا يجوز اجارة الشجر والكرم بأجرة معلومة على أن تكون الثمرة للمستأجر لان الثمرة عين لايجوز استحقاقها

بعقد الاجارة فانه يجوز بيعه بعد الوجود وانما يستحق بقدر الاجارة مما لايجوز بيعه بعد الوجود ولان محل الاجارة المنفعة وهي عرض لايقوم بنفسه ولايتصور بقاؤها والثمرة تقوم بنفسها كالشجرة فكما لا يجوز أن يتملك الشجرة بعقد الاجارة فكذلك الثمرة ولان المؤاجر يلتزم مالايقدر على ابقائه فربما تصيب الثمرة آفة وليس في وسع البشر اتخاذها وكذلك ألبان الغنم وصوفها وسمنها وولدها كل ذلك عين يجوز بيعه فلا يتملك بعقد الاجارة وان استأجر أرضا فيها زرع ورطبة أوشجر أوقصب أوكرم أومايمنع من الزراعة فالاجارة فاسدة لان استئجار الارض لمنفعة الزراعة وهذه المنفعة لايمكن استيفاؤها مع هذه الموانع فقد التزم بالعقد تسليم مالايقدر على تسليمه وان كان مقصود المستأجر مافيها فهو عين لايجوز استحقاقه بالاجارة ولايجوز اجارة الآجام والانهار للسمك ولالغيره لان المقصود استحقاق العين ولان السمك صيد مباح فكل من أخذه فهو أحق به وانما يستحق على المؤاجر بالاجارة ما كان مستحقا له ولان المؤاجر يلتزم مالايقدر على ايفائه به فان أجرها للزراعة فهي ليست بصالحة لذلك وان أجرها للسمك فربما يجده المستأجر وليس في وسع الآجر أن يمكنه من تحصيل ذلك ولو استأجر بئرا شهرين ليسقي منها أرضه وغنمه لم يجز وكذلك النهر والعين لان المقصود هو الماء وهو عين لايجوز أن يتملك بعقد الاجارة ولان الماء أصل الاباحة مالم يحرزه الانسان بانائه وهو مشترك بين الناس كافة قال صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في الثلاث في الماء والكلاء والنار فالمستأجر فيه والآجر سواء فلهذا لايستوجب عليه أجر بسببه وان استأجر نهر ليجرى فيه شرباله الى أرضه روى عن أبي يوسف رحمه الله ان ذلك لا يجوز قال أرأيت لو استأجر مسيل ماء على سطح ليسيل ما أسطحه فيه أ كان يجوز ذلك فهذا كله فاسد وهكذا ذكره محمد في ظاهر الرواية وروى هشام عن محمد رحمهما الله أنه ان استأجر موضعا معينا معلوما لذلك فهو جائز لان الجهالة تزول بتعيين الموضع وهي منفعة مقصودة فالاستئجار لاجله يصح وجه ظاهر الرواية انه مجهول في نفسه فان الضرر يتفاوت بقلة الماء وكثرته واعلام مقدار الماء غير ممكن فربما لايأخذ الماء جميع الموضع الذى عينه وربما يزداد عليه فللجهالة قلنا لايجوز الاستئجار ولو استأجر عبدا بأجر معلوم كل شهر بطعامه لم يجز لان طعامه مجهول وهو على رب العبد فاذا شرطه على المستأجر كان فاسدا والمجهول متى ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا به وكذلك استئجار الدابة بأجر مسمى وعلفها وكذلك كل اجارة

فيها رزق أو علف فهي فاسدة الا في استئجار الظئر بطعامها وكسوتها وان أبا حنيفة رحمه الله
قال أستحسن جواز ذلك وقد بيناه واشتراط تطيين الدار ومرمتها أو غلق باب عليها أو ادخال
جذع في سقفها على المستأجر مفسد للاجارة لانه مجهول فقد شرط الأجر لنفسه على المستأجر
وكذلك استئجار الارض بأجر مسمى واشتراط كرى نهرها أو ضرب مسناة عليها أو حفر
بئر فيها أو أن يسرقنها المستأجر فهذا كله مفسد للاجارة لان أثر هذه الاعمال تبقى بعد انتهاء
مدة الاجارة ويسلم ذلك للآجر فيكون في معنى شرط أجرة مجهولة على المستأجر لنفسه
وكذلك لو اشترط عليه رب الارض أنه يكون له مافيها من ذرع اذا انقضت الاجارة وان
ردها عليه مكروبة فهذا كله مجهول ضمه الى المعلوم وشرطه لنفسه يفسد العقد به • رجل
دفع أرضه الى رجل يغرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض
والغارس نصفين لم يجز ذلك لانه يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس
مجهول فلا يصح ذلك هكذا ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله فاما الحاكم رحمه الله في المختصر
يقول تأويل المسئلة عندي أنه جعل نصف الارض عوضا عن جميع الغراس ونصف الخارج
عوضا لعمله فعلى هذا الطريق يقول اشترى العامل نصف الارض بجميع الغراس وهي مجهولة
فكان العقد فاسدا فان فعل فالشجر لرب الارض لان العقد في الشجر كان فاسدا ومذرعته في
أرضه بأمره فكأن صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغراس باتصاله بأرضه
مستهلكا بالعلوق فيجب عليه قيمة الشجر وأجر ماعمل لانه ابتغى من عمله عوضا وهو نصف
الخارج ولم ينل ذلك فكان عليه أجر مثله فان (قيل) كان ينبغي على قول أبي حنيفة رحمه الله أن
يكون نصف الارض للعامل لانه اشتري نصف الارض شراء فاسدا ومن اشترى نصف
الارض شراء فاسدا غرس فيها أشجارا فانه ينقطع فيها حق البائع في الاسترداد عند أبي حنيفة
رحمه الله (قلنا) هذا أنه لو غرس الاشجار لنفسه وهنا العامل في الغرس يقوم مقام رب الارض
ويعمل له بالاجر فكأن رب الارض عمل ذلك بنفسه فلهذا لا يملك العامل شيئا من الارض
وإنما اختار هذا التأويل لامكان ايجاب أجر العمل فانه لو جعل مشتريا نصف الغرس كان
عاملا فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الأجر فلذلك ألزمه قيمة الغرس حين علقت ولو كان
مشتريا للنصف لكان يلزمه نصف قيمة الغرس حين علقت ونصف قيمة الشجر وقت الخصومة
لانها أشجار مشتركة بينهما في أرض أحدهما فانما يتملك صاحب الارض نصيب صاحبه عليه

بالقيمة في الحال ثم قال ولا آمره بقلع الاشجار لما يدخل به من الفساد عليهما وبظاهر هذا يتمسك من يختار الطريقة الأولى انه يكون مشتريا نصف الغرس لانه أشار الى أن الاشجار تكون مشتركة ولكنه لا يقلع لما يدخل به من الفساد عليهما قال الحاكم رحمه الله تأويل هذا اللفظ فساد القلع على رب الارض وضياع عمل الاجير بالقلع وبطلان حقه في الأجر ولو كان قد أكل الغلة على هذا حسب على الغارس ما أكل من أجره لان الشجرة ملك رب الارض وانما يملك الثمر بملك الشجر فما أكله العامل من ذلك يكون محسوبا عليه من أجره (قال) رضي الله عنه والأصح عندي أن يقال في تعليل هذه المسئلة ان صاحب الارض استأجره ليجعل أرضه بستانا بآلات نفسه على أن يكون أجره بعض ما يحصل بعمله وهو نصف البستان فهو كما لو استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ وذلك فاسد لانه في معنى قفيز الطحان ونهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لان الغرس آلة تصير الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسد العقد بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه الا أن الغراس أعيان تتقوم بنفسها فلا يدخل أجر العمل في قيمتها فيلزمه مع قيمة الاشجار أجر مثل عمله لانه أبتغى من عمله عوضا ولم يسلم له ذلك فيستوجب أجر المثل ولو دفع الغزل الى حائك لينسجه بالنصف فهو فاسد لانه في معنى قفيز الطحان وقد بينا اختلاف المشايخ رحمهم الله فيه وكذلك حمل الطعام في سفينة أو على دابة بنصفه غير جائز وهذا لانه لو جاز صار شريكا باول جزء من العمل يقع على العامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الاجر فاذا لم يصح العقد لم يملك شيئا من المعمول فيبقى عمله مسلما الى صاحبه بعقد فاسد فله أجر مثله لا يجاوز به نصف ذلك لتمام رضاه بذلك القدر ولو كان طعاما بين رجلين استأجر أحدهما صاحبه ليحمله أو يطحنه لم يجز ذلك عندنا وهو جائز عند الشافعي رحمه الله لان هذا العمل في نصيب شريكه غير مستحق عليه فاستئجاره على ذلك كاستئجاره أجنبيا آخر وشركته في المحل لا تمنع صحة الاستئجار كما لو استأجر أحد الشريكين من صاحبه بيتا ليحفظ فيه الطعام المشترك أو دابة لينقل عليها الطعام المشترك صح الاستئجار فهذا مثله (وحجتنا) الحديث المشهور في النهي عن قفيز الطحان وقد بينا أن معنى النهي انه لو جاز صار شريكا فذلك دليل على ان تقدم الشركة في المحل يمنع صحة الاجارة وهذا لان العقد يلاقي العمل وهو عامل لنفسه

من وجه وبين كونه عاملا لنفسه وبين كونه عاملا لغيره منافاة والاجير من يكون عاملا لغيره وفيما يكون عاملا لنفسه لايصلح أن يكون أجيرا بخلاف البيت والدابة فالعقد هناك يرد على المنفعة والبدل بمقابلتها ولا شركة له فى ذلك (ألاترى) انه لايتعين عليه حفظ الطعام المشترك فى البيت ولو سلم البيت اليه فى المدة استوجب الاجر وان لم يحفظ فيه شيئا بخلاف ما نحن فيه فالعقد هنا يرد على العمل فى المشترك حتى لا يستوجب الاجر بدون العمل ولا يعمله فى محل آخر ثم هنا وان أقام العمل فلا أجر له بخلاف مذهب أبي حنيفة رحمه الله فى اجارة المشاع فان هناك باستيفاء المنفعة يجب أجر المثل وان كان العقد فاسدا لان فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذى أوجبه العقد لا لانعدام الاستيفاء أصلا فاذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الاجر وهنا بطلان العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه أصلا من حيث أنه فى المحل المشترك عامل لنفسه وهو في العمل الواحد لا يكون عاملا لنفسه ولغيره في حالة واحدة وبدون الاستيفاء لايجب الاجر فى العقد الفاسد وعلى هذا نسج الغزل ورعى الغنم التى تكون بينهما فكل من يستوجب الاجر بالعمل فهو داخل فى هذا الخلاف ولو استأجر رحاماء على أنه ان انقطع الماء عنها فالاجر عليه لم يجز لان هذا الشرط مخالف موجب العقد فهو فاسد مفسد للعقد لان موجب العقد أن لايجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد مفسد للعقد ولان عقد الاجارة لا يتناول وقت انقطاع الماء حتى لايجب الاجر فيه وان لم يفسخ فكأنه جعل جميع المسمى بمقابلة منفعة الرحا فى وقت جريان الماء ولا يدرى فى كم يكون الماء جاريا وجهالة المنع تمنع صحة الاجارة ولو استأجر كتبا ليقرأ فيها شعرا أو فقها أو غير ذلك لم يجز لان المعقود عليه فعل القارىء والنظر فى الكتاب والتأمل فيه ليفهم المكتوب فعله أيضا فلا يجوز أن يجب عليه أجر بمقابلة فعله ولان فهم ما فى الكتاب ليس فى وسع صاحب الكتاب ولا يحصل ذلك بالكتاب ولكن لمعنى فى الباطن من حدة الخاطر ونحو ذلك وكأن صاحب الكتاب يوجب له مالا يقدر على ايفائه فليس في عين الكتاب منفعة مقصودة ليوجب الاجر بمقابلة ذلك فكان العقد باطلا سمى المدة أو لم يسم ولا أجر له وان قرأ وكذلك اجارة المصحف والكلام فيه أبين فان قراءة القرآن من المصحف والنظر فيه طاعة وكان هذا كله نظيره مالو استأجر كرما ليفتح له بابه فينظر فيه للاستيفاء من غير أن يدخله أو استأجر مليحا لينظر الى وجهه فيستأنس بذلك أو استأجر جبا مملوأ من

الماء لينظر فيه اذا سوى عمامته فهذا كله باطل لا أجر عليه بحكم هـذه العقود فكذلك فيما سبق ولا يجوز أن يستأجر رجلا ليعلم ولده القرآن أو الفقه أو الفرائض عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز ذلك فالمذهب عندنا أن كل طاعة يختص بها المسلم فالاستئجار عليها باطل وعلى قول الشافعي كل مالا يتعين على الاجير اقامته فالاستئجار عليه صحيح وقد بينا الكلام فيه في كتاب المناسك في الاستئجار على الحج والدليل على أنه لايجوز الاستئجار على تعليم القرآن حديث عبد الرحمن بن شبل الانصارى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وقال صلى الله عليه وسلم لمدرس الدلم اياك والخبز الرقاق والشرط على كتاب الله تعالى ولما أقرأ أبي بن كعب رضى الله عنه رجلا سورة من القرآن أعطاه على ذلك قوسا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار فقال لا قال صلى الله عليه وسلم رد عليه قوسه ولان من يعلم غيره القرآن فهو خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يعمل فانه بعث معلما وهو ما كان يطمع في أجر على التعليم فكذلك من يخلفه وعمله ذلك قربة ومنفعة عمل يحصل له فذلك يمنعه من التسليم الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر وبعض أئمة بلخ رحمهم الله اختاروا قول أهل المدينة رحمهم الله وقالوا إن المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله بنوا هذا الجواب على ماشاهدوا فى عصرهم من رغبة الناس فى التعليم بطريق الحسبة ومروءة المتعلمين فى مجازات الاحسان بالاحسان من غير شرط فاما فى زماننا فقد انعدم المعنيين جميعا فنقول بجواز الاستئجار لئلا يتعطل هذا الباب ولا يبعد أن يختلف الحكم باختلاف الاوقات (ألا ترى) أن النساء كن يخرجن الى الجماعات فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه حين منعهن من ذلك عمر رضي الله عنه وكان ماروواه من ذلك صوابا ولو استأجروا من يؤمهم فى رمضان أو غيره لم يجز لان المصلى عامل لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره وكذلك ان استأجروا من يؤذن لهم فالمؤذن خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الدعاء الى الله تعالى ومنفعة عمله تحصل له لان بكثرة الجماعة يزداد ثوابه على أداء الصلاة والاصل فيه ما ذكر من حديث عثمان بن أبى العاص رضي الله عنه قال كان من آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان قال صل بالقوم صلاة أضعفهم وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا وجاء رجل الى عمر رضي الله عنه فقال انى أحبك فقال عمر رضى الله عنه انى أبغضك فى الله قال ولم يا أمير المؤمنين قال بلغنى أنك تأخذ على الاذان أجرا ولا تجوز الاجارة

علي شيء من الغنا والنوح والمزامير والطبل وشيء من اللهو لانه معصية والاستئجار على المعاصي باطل فان بعقد الاجارة يستحق تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز أن يستحق على المرء فعل به يكون عاصيا شرعا وكذلك الاستئجار على الحداء وكذلك الاستئجار لقراءة الشعر لان هذا ليس من اجارة الناس والمعتبر فى الاجارة عرف الناس ولان ماهو المقصود انما يحصل بمعنى فى المستأجر وهو السماع والتأمل والتفهم فلا يكون ذلك موجبا للأجر عليه وان أعطى المستأجر شيئا من اللهو يلهو به فضاع أو انكسر فلا ضمان عليه لانه قبضه واستعمله باذن صاحبه فان العقد وان بطل فالاذن فى الاستعمال باق واذا استأجر الذمى من المسلم بيعة يصلى فيها لم يجز لانه معصية وكذلك اذا استأجرها ذمى من ذمى وكذلك الكنيسة وبيت النار فانهم يعتقدون فى هذه البقاع مايعتقده فى المساجد واستئجار المسلم من المسلم مسجدا يصلى فيه مكتوبة أو نافلة لا يجوز فكذلك لا يمكن تصحيح هذا العقد فيما بينهم بناء علي اعتقادهم وفي اعتقادنا هذا منهم معصية وشرك فالاستئجار عليه باطل ثم استئجار المسجد من المسلم للصلاة فيه كاستئجار مسلم يصلى له وقد بينا ان ذلك باطل لانه استئجار على الطاعة فهذا مثله وعلى هذا لو استأجر أهل الذمة ذميا ليصلى بهم أو ليضرب لهم الناقوس فهو باطل لانه معصية واذا استأجر الذمى من المسلم بيتا ليبيع فيه الخمر لم يجز لانه معصية فلا ينعقد العقد عليه ولا أجر له عندهما وعند أبى حنيفة رحمه الله يجوز والشافعى رحمه الله يجوز هذا العقد لان العقد يرد على منفعة البيت ولا يتعين عليه بيع الخمر فيه فله أن يبيع فيه شيئا آخر يجوز العقد لهذا ولكنا نقول تصريحهما بالمقصود لا يجوز اعتبار معنى آخر فيه وماصرحا به معصية وكذلك لو أن ذميا استأجر مسلما يحمل له خمرا فهو على هذا عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز العقد لان الخمر يحمل للشرب وهو معصية والاستئجار على المعصية لا يجوز والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرا وذكر فى الجملة حاملها والمحمولة اليه وأبو حنيفة رحمه الله يقول يجوز الاستئجار وهو قول الشافعى رحمه الله لانه لا يتعين عليه حمل الخمر فلو كافه بأن يحمل عليه مثل ذلك فلا يستوجب الأجر ولان حمل الخمر قد يكون للاراقة وللصب فى الخل ليتخلل فهو نظير مالو استأجره ليحمل ميتة وذلك صحيح فهذا مثله الا أنهما يفرقان فيقولان الميتة تحمل عادة للطرح واماطة الاذى فاما الخمر يحمل عادة للشرب والمعصية وذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال ابتلينا بمسئلة وهو أن مسلما استؤجر على أن ينقل جيفة ميتة

من المشركين من بلد الى بلد فكذلك قال أبو يوسف رحمه الله لاأجر له لانه انما يحمل حمل الجيفة الى المقبرة لاماطة الأذى فاما حملهما من بلد الى بلد فهو معصية لايجوز الاستئجار عليه (وقال) انا ان كان الاجير عالما بما أمر بحمله فلا أجر له أيضا وان لم يعلم بذلك فله الأجر لمعنى الغرور واستئجار الذمي الدابة من المسلم أوالسفينة لينقل عليها خمرا على الخلاف الذي بينا وان استأجر ذمي ذميا لشيء من ذلك فهو جائز وكذلك لواستأجره يرعى له خنازير لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم بمنزلة الشاة والبعير في حقنا وان استأجره ليبيع له ميتة أودما لم يجز لان هذا ليس بمال فيحق أحد فحكمهم فيها كحكم المسلمين ولا بأس بان يؤاجر المسلم دارا من الذمي ليسكنها فان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أودخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم اثم في شيء من ذلك لانه لم يؤاجرها لذلك والمعصية في فعل المستأجر وفعله دون قصد رب الدار فلا إثم على رب الدار في ذلك كمن باع غلاما ممن يقصد الفاحشة به أو باع جارية ممن لايشتريها أويأتيها في غير المأتى لم يلحق البائع اثم في شيء من هذه الافعال التي يأتي بها المشتري وكذلك لو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو باع فيها الخمر بعد أن يكون ذلك في السواد ويمنعون من احداث ذلك في الامصار وقد بينا ذلك الكلام في هذاالفصل فيما سبق واستدل بحديث ثوبة بن نمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لااخصاء ولا كنيسة في الاسلام والحديث مكحول أن أبا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه صالحهم بالشام على أن يحصل عن كنائسهم القديمة وعلى أن لا يحدثوا كنيسة في مصر من امصار المسلمين وان استأجر المسلم من المسلم بيتا ليصلي فيه المكتوبة أو التراويح لم يجز ولا أجر له لما بينا أن العقد اقامة الطاعة ثم يحق على كل مسلم دينا تمكين المسلم من موضع يصلي فيه عند الحاجة فلا يجوز أن يأخذ على ذلك أجرا فلو استأجر رجلا ليقتل له رجلا أو يشجه أو يضربه ظالما لم يجز ولا أجر له لما بينا أن العقد اقامة الطاعة ثم يحق على كل لانه استئجار على المعصية ولو جاز العقد لصار اقامة العمل مستحقا عليه وفعل ماهو ظلم لايكون مستحقا على أحد شرعا ولو أعطاه سلاحا لذلك فضاع أو انكسر لم يضمن لانه قبضه باذن صاحبه ولو أن قاضيا استأجر رجلا ليضرب حدا قد لزمه أو ليقبض من رجل أو ليقطع يد رجل أو ليقوم عليه في مجلس القضاء شهرا بأجر معلوم فالاجارة جائزة وله الاجر لان المعقود عليه منافعه في المدة حتى يستوجب الاجر بتسليم النفس وهو معلوم ثم بحكم أنه ملك منافعه ليستعمله في اقامة الحدود وغير

ذلك وان استأجره لاقامة الحدود أو القصاص خاصة لم يجز ذلك لانه مجهول فى نفسه وان فعل شيئا من ذلك كان له أجر مثله لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فان (قيل) اقامة الحد طاعة فكيف يستوجب الاجر على اقامته عند فساد العقد قلنا) معنى الطاعة فيه غير مقصود ولهذا صح من الكافر والمسلم كبناء المسجد ونحوه ولو استصحبه على أن يجعل له رزقا كل شهر فهو جائز أما ان بين مقدار مايعطيه فالعقد جائز لان المعقود عليه منافعه وهو معلوم وان لم يبين مقدار ذلك فهو في هذا كالقاضي وللقاضى أن يأخذ رزقا بقدر كفايته من بيت المال وكذلك من ينوب عن القاضى فى شيء من عمله وكذلك قسام القاضى اذا استأجره ليقسم كل شهر بأجر مسمى فهو جائز وفى حديث علي رضى الله عنه فانه كان له قاسم يقسم بالاجر ولانه لم يتمين اقامة هذا العمل على أحد دينا فيجوز الاستئجار عليه ولو قضى لرجل بالقصاص في قتل فاستأجر رجلا يقتل له لم أجعل له أجرا وفي السير الكبير قال اذا استأجر رجلا يقتل مرتدا أوحربيا أسيرا لم يجز عند أصحابنا رحمهم الله ولو استأجره ليقطع طريقا جاز وأما أنا فلا أفرق بينهما وأجوز العقد فيهما ومراده بقوله عند أصحابنا أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فالحاصل أن عند محمد يجوز الاستئجار على ذلك كله لانه عمل معلوم بمحله واقامته جائز شرعا فيجوز الاستئجار عليه كذبح الشاة وقطع الطرق وكسر الحطب وما أشبه ذلك ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (حرفان) أشار الى أحدهما فى الكتاب فقال ما قيل ان هذا ليس بعمل يعنى ان القتل ازهاق الروح وذلك ليس بصنع العباد كما أن ادخال الروح ليس من صنع العباد ولا يتصور الاستئجار عليه فكذلك الازهاق بخلاف الذبح فهو عبارة عن تسييل الدم النجس ليتميز به الطاهر من النجس وذلك بقطع الحلقوم والاوداج وهو من صنع العباد والقطع كذلك فانه ابانة الجزء من الجملة وذلك يحصل بصنع العبد ولان القتل ايقاع الفعل فى المحل مع التجافى ومثله منه مايحل شرعا ومنه مايحرم كالمثلة ولايدرى كيف يكون منه ايقاع الفعل والمقصود يتم بضربة أوبضربتين فالجهالة والتردد بين الحل والحرمة لم يجز الاستئجار عليه بخلاف القطع والذبح فانه يكون بامرار السلاح على المحل لا بصفة التجافى عنه وكسر الحطب بايقاع الفعل على المحل بالتجافى ولكن الكل فيه سواء فى صفة الحل شرعا فلهذا جاز الاستئجار عليه ولو استأجر رجلا يغزو عنه لم يجز ذلك لان الغزو طاعة فهو سنام الدين ولما حضر القتال افترض عليه الذب عن المسلمين وقتال المشركين فلا يجوز له أخذ الاجر على اقامة

ما هو فرض عليه قال صلى الله عليه وسلم مثل الذين يغزون من أمتى و يأخـذون على ذلك أجرا كمثل أم موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها وتأخذ الأجر من فرعون ولوشارط كحالا أن يكحل عينه شهرا بدرهم جاز ذلك وكذلك الدواء في كل داء لانه عمل معـلوم عند أهل الصنعة والاستئجار عليـه متعارف بين الناس واذا استأجر فحلا لينزيه لم يجز للاثر الذى جاء به النهى من رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التيس ولان المقصود الماء ولاقيمة له وصاحب الفحل يلتزم ايفاء مالايقدر على تسليمه ولاتجوز الاجارة على تعليم الغناء والنوح لان ذلك معصية وان سلم غلاما الى معلم ليعلمه عملا وشرط عليـه أن يحذقه فهذا فاسـد لان التحذيق مجهول اذليس لذلك غاية معلومة وهذه جهالة تفضى الى المنازعة بينهما وكذلك لو شرط فى ذلك أشهرا مسماة لانه يلتزم ايفاء مالايقدر عليه فالتحذيق ليس فى وسع المعـلم بل ذلك باعتبار شيء في خلقة المتعلم ثم فيما سمى من المدة لايدرى انه هل يقدر على أن يحذقه كما شرط أم لا والتزام تسليم مالايقدر عليه بعقد المعاوضة لايجوز ولوأجر أرضه بدراهم وشرط خراجها على المستأجر فهذا فاسد لان الخراج مجهول لايعرف من أصحابنا رحمهم الله من يقول مراده في الاراضى الصلحية فالمال فى ذلك يقسم على الجماجم والاراضي فتزداد حصة الاراضى اذاقلت الجماجم وتنقص بكثرة الجماجم فامافى خراج الوظيفة لاجهالة فى المقدار وقيل ان مراده من هذا ان ولاة الظلمة ألحقوا بالخراج روادف يزداد ذلك تارة وينتقص أخرى فيكون مجهولا وقيل معناه ان الخراج بحسب الطاقة وريع الارض كما أشار اليه عمر رضى الله عنه فى قوله لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق وكذلك لو أعطاه بغير أجر الا أن يشـتـرط عليه أن يؤدى خراجها فان الخراج على صاحب الارض فاذا شرطه على المزارع يكون ذلك أجرة وجهالة الأجرة تفسد الاجارة وهذا لان الواجب فى كل جريب درهم وقفيز مما يخرجـه وذلك مجهول الجنس فى الصفة ولو أجرها وشرط العشر على المستأجر فالعقد فاسد عند أبى حنيفـة رحمه الله لان العشر عنـده على المؤاجر فاذا شرطه على المستأجر كأن أجره وهو مجهول الجنس والقدر وعنـدهما العشر على المستأجر فلا يصير اشتراط ذلك عليـه وخراج المقاسمة نظير العشر فيما ذكرنا واذا كان الأجر كذا درهما وديناراً أوفلسا فهو جائز وله نقد البلد ووزنهم فان كان وزنهم مختلفا فهو فاسـد حتى يبين الوزن بمنزلة الثمن فى البيع وقد بيناه وان جعل الأجر دراهم مسماة عددا بغير وزن وبغـير عينها فهو فاسـد ومراده فى الدراهم

الموزونة فانها تتفاوت في الوزن فأما ما يعد ولا يوزن كالعطريفي فاذا سمى العدد فيه جاز كما في الفلوس وان أشار الي دراهم بعينها جازت الاجارة وان لم تكن معلومة القدر كالثمن في البيع بخلاف السلم عند أبي حنيفة رحمه الله وقد بينا الفرق في البيوع فان قال مائة درهم عددا مما يدخل في المائة خمسة كان جائزا لانه قد سمي الوزن بما ذكر معناه فيما يزن خمسة وتسعين درهما فكأنه قال مائة الا خمسة . ولو استأجر رجلا يكتب له مصحفا أو فقها معلوما كان جائزا لان الكتابة عمل معلوم وهو يتحقق من المسلم والكافر ثم الاستئجار عليه متعارف وقيل الاستئجار على الكتابة كالاستئجار على الصياغة لان بعمله يحدث لون الحبر في البياض أو كالاستئجار علي النقش وذلك جائز اذا كان معلوما عند أهل الصنعة (قال) الشيخ الامام رحمه الله الاصح عندي أن المقصود هنا يحصل بعمل الأجير وهي الكتابة بخلاف التعليم فالمقصود هناك لا يحصل الا بمعنى في المتعلم وايجاد ذلك ليس في وسع المعلم بينهما ولو استأجر رجلا يعمل عملا فلا أجر له في ذلك بخلاف ما لو استأجر نصيبه من دار بينهما وقد بينا هذا ولو استأجر الوصي نفسه أو عبده يعمل لليتيم لم يجز أما عند محمد رحمه الله فلان الوصي لا ينفرد بالعقد لليتيم مع نفسه بحال كما في البيع وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يجوز ذلك الا بمنفعة ظاهرة ولا منفعة هنا لان من جهة الوصي مما ليس بمتقوم لنفسه ويشترط على اليتيم بمقابلته مالا متقوما فهذا لا يجوز ولم يذكر أنه لو استأجر اليتيم أو عبد اليتيم بمال نفسه ليعمل له هل يجوز أم لا قالوا وينبغي أن يجوز ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما فيه من المنفعة الظاهرة لليتيم فانه يدخل في ملكه مالا بازاء ما ليس بمال والاب يستأجر نفسه أو عبده لعمل يعمله لولده فيجوز ذلك ويستوجب الاجر لان شفقة الابوة تمنعه من ترك النظر له فيجوز عقده مع نفسه من غير اشتراط منفعة ظاهرة لولده فيه ولو استأجر الوصي من نفسه عبدا لليتيم ليعمل ليتيم آخر في حجره وهو وصيهما فهذا لا يجوز لانه ان نفع أحدهما أضر بالآخر وهو لا ينفرد بالتصرف الا بمنفعة ظاهرة ولا يجوز للصبي أن يؤاجر نفسه لانه عقد معاوضة كالبيع فلا يملكه المحجور عليه وانما ذلك الي وليه وله الاجر ان عمل استحسانا وفي القياس لا أجر له لان العقد باطل ووجوب الاجر باعتباره فاذا بطل لم يجب الاجر وفي الاستحسان يجب الاجر لان هذا العقد منه تمحض منفعة بعد اقامة العمل فانا لو اعتبرنا العقد استوجب الاجر ولو لم يعتبره لم يجب له الاجر والصبي لا يكون محجورا عما تمحض منفعة له

كقبول الهبة والصدقة وكذلك العبد المحجور عليه لا يؤاجر نفسه فان فعل وسلم من العمل وجب له الاجر استحسانا لما قلنا فان مات من العمل تقرر الضمان على المستأجر لانه غاصب له ثم الاجر له لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان بخلاف الصبي الحر فانه وان هلك في العمل فله الاجر بقدر ما أقام من العمل لان الحر لا يملك بالضمان واذا أخذ العبد الاجر فهو لمولاه لانه كسب عبده فان أخذه الغاصب من يده فاستهلكه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله لان اتلاف بدل منفعة كاتلاف منافعه وقد بينا هذا في الغصب. واذا استأجر نهرا يابسا ليجري فيه الماء بأرضه أو الى رحاماء فهذا فاسد لان موضع النهر لا يصلح للسكنى واجراء الماء فيه ليس في وسعه ومقدار ما يجري من الماء مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك لو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوءه وبوله أو مسيل ماء ليسيل فيه ماء ميزابه فهذا مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك لو استأجر بئرا ليسقى منها غنمه وان أراد الحيلة في ذلك فالوجه أن يؤاجره من حريم النهر والبئر موضعا معلوما ليكون عطنا لمواشيه ويبيح له سقي المواشي من البئر وكذلك اجارة المرعي لا تجوز والحيلة فيه أن يؤاجره موضعا معلوما ليضرب فيه خيمة فيسكن ويبيح له الانتفاع بالمرعى ولو أجره بكرة وحبلا ودلوا يسقى بها غنمه فهو فاسد للجهالة الا أن يسمى وقتا فيجوز لان العقد يرد على منفعة العين في المدة فان استأجر من رجل موضع جزع يضعه على حائطه لم يجز عندنا وجاز عند الشافعي رحمه الله لانه موضع استأجره لمنفعة معلومة ولو استعاره لذلك جاز فكذلك اذا استأجره ولكنا أفسدناه للجهالة لان الضرر يتفاوت بثقل الجذع وخفته وكثرة ما يبنى وقلته وكذلك لو استأجر حائطا ليبنى عليه سترة فهو فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله للجهالة وقد يفضى الى المنازعة وان استأجر طريقا في دار ليمر فيه كل شهر باجر مسمى فهو فاسد وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لجهالة الموضع الذي يتطرق فيه وللشيوع فان عنده استئجار جزء من الدار شائعا لا يجوز فكذلك الطريق وعندهما استئجار جزء شائع صحيح فكذلك الطريق وهو معلوم بالعرف على وجه لا يكون فيه منازعة ولو استأجر علو منزل ليبنى عليه لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز في قولهما لان مقدار بناء العلو معلوم بالعرف وسطح السفل حق صاحب السفل كالارض ولو استأجر أرضا ليبنى عليه بيتا جاز فكذلك اذا استأجر سطح السفل ليبنى عليه وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذا استئجار الهواء والهواء ليس بمملوك لاحد

ثم مقدار ما يبنى مجهول والضرر على حيطان السفل يتفاوت بقلة ذلك وكثرته وربما تفضى هذه الجهالة الى المنازعة بخلاف الارض فالضرر على الارض لا يختلف بخفة البناء وثقله ولو استأجر موضع كوة ينقبها فى حائط له يدخل عليه منها الضوء لم يجز لان هذا ليس من اجارات الناس ولان المقصود الانتفاع بما ليس من ملك المؤاجر وهو ضوء الشمس فكذلك لو استأجر موضعا ليتد فى حائط يعلق عليه شيئا فانه لا يجوز من قبل انه ليس معه أرض وبهذا اللفظ يستدل من لا يجوز من أصحابنا رحمهم الله استئجار البناء بدون الارض ففى تأمله تنصيص على هذا ثم الضرر على الحائط يختلف بخفة ما يعلقه على الوتد أو بثقله فهو مجهول على وجه لا يمكن اعلامه وكذلك لو استأجر موضع ميزاب فى حائط لان الضرر على الحائط يتفاوت بقلة الماء الذي يسيل فى الميزاب وكثرته فاما اذا استأجر ميزابا مدة معلومة لينصبه فى حائط يسيل فيه ماؤه فهذا جائز لانه عين منتفع به استأجره لمنفعة معلومة واذا استأجر رجلا ليعمل له عمل اليوم الى الليل بدرهم خياطة أو صباغة أو خبزا أو غير ذلك فالاجارة فاسدة عند أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما يجوز استحسانا ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ فى اليوم فله أن يعمله فى الغد لان المقصود العمل وهو معلوم مسمى وذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه فى أسرع أوقات الامكان وهذا لان المستأجر انما يلتزم البدل بمقابلة ماهو مقصود له وذلك العمل دون المدة وأبو حنيفة رحمه الله يقول جمع فى العقدتين تسمية العمل والمدة وحكمهما مختلف فموجب تسمية المدة استحقاق منافعه فى جميع المدة بالعقد وموجب تسمية العمل أن يكون المعقود عليه الوصف الذى يحدثه فى المعمول لا منافعه ويتعذر الجمع بينهما اعتبارا وليس أحدهما بالاعتبار باولى من الآخر فيفسد العقد بجهالة المعقود عليه وقد تفضى هذه الجهالة الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضى اليوم فللمستأجر أن يقول منافعك فى بقية اليوم حق باعتبار تسمية الوقت وأنا استعملك واذا لم يفرغ من العمل فى اليوم فللاجير أن يقول عند مضى اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وان كان العمل مقصود المستأجر فالمدة مقصود الاجير فليس البناء على مقصود أحدهما باولى من البناء على مقصود الآخر ولان الاجير يلتزم مالا يقدر عليه وهو اقامة جميع العمل المسمى فى الوقت المسمى وروى محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه لو استأجره ليخيط له هذا القميص لا يجوز ولو قال فى اليوم يجوز لان بحرف فى

يظهر أن مراده من ذكر المدة الاستعجال لا تسمية المقدار المعقود عليه من المنفعة وحرف في للظرف والمظروف وقد يشغل جزءا من الظرف لا جميعه وعلى هذا الخلاف لو استأجر دابة من الكوفة الى بغداد ثلاثة أيام بأجر مسمى فذكر المدة والمسافة والعمل وكذلك لو استأجره ينقل له طعاما معلوما من موضع الي موضع من اليوم الى الليل فهو علي الخلاف الذى بيناه وان استأجر عبدا شهرا بأجر مسمى علي انه ان مرض فعليه أن يعمل بقدر الايام التى مرض فيها من الشهر الداخل فهذا فاسد لجهالة مدة الاجارة فلا يدري في أي مقدار من الشهر يمرض ليدخل في العقد بقدر ذلك من الشهر الداخل ثم هذا الشهر يخالف مقتضي العقد لان مقتضى العقد انتهاؤه بمضى المدة تمكن من استيفاء المعقود عليه أو لم يتمكن وهذا الشرط يخالف ذلك وان استأجر بيتا شهرا بعشرة دراهم على انه ان سكنه يوما ثم خرج عليه عشرة دراهم فهذا فاسد لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لان مقتضى العقد انه متى خرج بعذر لا يلزمه الأجر ثم مقدار أجر منفعة البيت في اليوم الاول مجهول أنه ثلاثة دراهم أو عشرة دراهم وكذلك ان استأجر دابة بعشرة دراهم الى بغداد على أنه ان بلغ قرية كذا ثم بدا له أن يرجع فله الأجر كاملا فهذا فاسد لجهالة مقدار الأجر الى الموضع الذى سمى ولان الشرط يخالف مقتضي العقد وان استأجر دابة ليحمل عليها حمل كذا بأجر معلوم الي موضع كذا علي انه ان حمل عليها كذا من الحمل فحمل غير ذلك الى ذلك المكان ولم يحمل الاول فاجرها كذا فهو فاسد في قول أبى حنيفة رحمه الله الاول وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وهو جائز في قوله الآخر علي ما شرطا وكذلك لو استأجر أرضا ليزرعها حنطة بخمسين درهما وان زرعها سمسما فاجرها مائة درهم فهو على هذا الخلاف. وكذلك ان استأجر بيتا على انه ان أسكنه بزازا فاجره خمسة وان أسكنه قصارا فاجره عشرة وجه قوله الاول أن المعقود عليه مجهول والبدل بمقابلته مجهول فالضرر يختلف بسكن القصار والبزاز وهما عقدان في عقد ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعين في بيع أرأيت لو سلم اليه البيت فلم يسكنه أصلا حتى مضت المدة فاذا يوجب عليه خمسة أو عشرة ووجه قوله الآخر ان كل نوع من المنفعة معلوم بالتسمية والبدل بمقابلته معلوم فيصح العقد وهذا لان الاجر لا يجب بنفس العقد وانما يجب باستيفاء المنفعة وعند ذلك لا جهالة في المعقود عليه ولا في البدل فاما اذا لم يسكنها فقال بعض مشايخنا رحمهم الله ينبغى على قياس قوله الآخر أن يلزمه نصف

كل واحد من التسميتين لان وجوب الاجر بالتمكن من الاستيفاء هنا وقد تمكن من استيفاء المنفعتين جميعا وليس أحد البدلين بالايجاب عليه باولى من الآخر فيلزمه نصف كل واحد منهما والاصح أنه لا يلزمه الا الخمسة لان أصل البدل بمقابلة منفعة البيت خمسة ثم التزم زيادة البدل بزيادة الضرر اذا سكنه قصارا لان ذلك يوهن البناء فاذا لم يسكنها أحدا فقد انعدم ذلك الضرر (ألا ترى) أنه لو أسكن بزازا لا يلزمه الا الخمسة وقد كان متمكنا من أن يسكنه قصارا فاذا لم يسكنه أصلا أولى أن لا يلزمه الا خمسة. رجل استأجر دارا سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها ولا ينزل فيها فالاجارة فاسدة لانه نفى موجب العقد بالشرط وذلك يضاد العقد وان لم يسكنها فلا أجر عليه وفي هذا اللفظ تنصيص على أن الاجارة الفاسدة بالتمكن من الاستيفاء لا يوجب الاجر ما لم يوجب الاستيفاء حقيقة كما في النكاح الفاسد وانما يتكلفون من الفرق بينهما غير معتمد وان سكنها فعليه بأجر مثلها لا ينقص مما سمى لانه انما رضي بالمسمى بشرط أن لا يسكن فعند السكنى لا يكون راضيا به فيلزمه أجر مثلها بالغا ما بلغت وان جعلت أجر الدار أن يؤذن لهم سنة أو يوما فالاجارة فاسدة وعليه أجر مثل الدار ان سكنها لانه استوفى منافعها بعقد فاسد فانما سمى اذا كان لا يصلح بدلا فهو في الحكم كما لو أجرها ولم يسم الاجر ولا أجر له في الاذان والامامة لان الاجارة لا تنعقد على هذا العمل لا صحيحا ولا فاسدا ولانه عامل لنفسه فلا يكون مسلما عمله الى غيره. وان تكارى برذونا ليتعرض عليه فان جاز فعليه عشرة دراهم وان لم يجز فعليه خمسة فالاجارة فاسدة ومعنى المسئلة أن المستأجر من أصحاب الديوان اسمه في ديوان الفرسان وقد يفق فرسه فطلب السلطان العرض فاستأجر الفرس على أنه ان لم يوقف على ضيعة فالأجر عشرة وان وقف على ذلك فالأجر خمسة فهذا فاسد لجهالة الاجر فلا يدرى الجواز ولا يجوز وعليه أجر مثلها فيما استوفى من المنفعة ولا ضمان عليه أن يفق في ركوبه أو أخذه السلطان لان المقبوض بحكم اجارة فاسدة في حكم الضمان كالمقبوض بحكم اجارة صحيحة وان تكارى بغلا على أنه كلما ركب الأمير ركب معه فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه وعليه من كل ركبة أجر مثله لان أجر المثل بعقد فاسد بقدر المستوفى من المنفعة وان تكاري دابة الى بغداد على أنه ان رزقه الله تعالى من بغداد شيئا أو من فلان شيئا أعطاه نصف ذلك فهذا فاسد لجهالة الاجر والغرر المتمكن بسبب الشرط في أصل الاجر وعليه أجر مثلها فيما ركب وان تكاراها الي بغداد على أنها ان بلغته

الى بغداد فله أجر عشرة دراهم والا فلا شئ له فالاجارة فاسدة وعليه أجر مثلها بقدر ماسار عليها لمنى المخاطرة والضمان وقد تقدم نظيره فى مسئلة الخياطة والله أعلم بالصواب

باب اجارة حفر الآبار والقبور

(قال رحمه الله واذا استأجر حفارا ليحفر له بئرا فى داره ولم يسم له موضعا ولم يصفها فهو فاسد) لجهالة المعقود عليه فعمل الحفر يختلف باختلاف الموضع فى الصلابة والرخاوة والسهولة والصعوبة ويختلف باختلافه البئر فى العرض والعمق ولو سمى عشرة أذرع في الارض ومما يدير هكذا ذراعا بأجر مسمى جاز لان العمل صار معلوما بتسمية الذرعان عند أهل الصنعة والموضع معلوم بتسمية داره فان حفر ثلاثة أذرع ثم وجد جبلاأشد عملا وأشد مؤنة فأراد ترك ذلك فليس له ترك ذلك ويجبر على الحفر اذا كان يطاق لانه ان التزم العمل مع عمله على أن أطباق الارض تختلف فليس فى ابقاء العقد عليه ضرر فوق ما التزم بالعقد فلا يكون ذلك عذرا له في الفسخ وفى الكتاب (قال) اذا كان يطاق وما من موضع الا ويطاق فيه حفرا ولكن مراده من هذا اللفظ اذا كان يطاق حفرا بآلة الحفارين ولا يحتاج الاجير الى اتخاذ آلة أخرى لذلك لانه انما التزم اقامة العمل بآلة الحفارين فاذا كان يحتاج الى اتخاذ آلة أخرى لذلك فهذا ضرر لم يلتزمه بالعقد فيكون عذرا له فى الفسخ وان شرط عليه أن كل ذراع فى سهل أو طين بدرهم وكل ذراع فى جبل أوماء بدرهمين وسمى طول البئر خمسة عشر ذراعا فهو جائز لانه ذكر نوعين من العمل وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما ولا يبقى بعد ذلك للتسمية جهالة تفضى الى المنازعة لان وجوب الاجر عند الحفر وعند ذلك ما يلزمه من الاجر معلوم القدر. ولو استأجره ليحفر له بئرا عشرة أذرع فى جبل مروة فحفر ذراعا ثم استقبل جبلا صماصفا فان كان يطاق حفره فهو عليه والمروة اللين من الحجر الذي يضرب الى الخضرة والصفا مايضرب الى الحمرة وقد بينا أنه التزم الحفر بآلة الحفارين فاذا كان بحيث يطاق الحفرة بتلك الآلة فلا عذر له فى الترك وان كان لايطاق فله أن لا يترك الاجارة وله من الاجر بحساب ماحفر وكذلك النهر والقناة والسرداب والبالوعة اذاظهر الماء فيه قبل أن يبلغ ما شرط عليه فان كان لا يستطاع الحفر معه فهذا عذرلان في ابقاء العقد يلحقه الضرر لم يلتزمه بالعقد. ولو استأجره ليحفر له بئرا فى داره فحفرها ثم انهارت قبل أن يفرغ منها فله من

الاجر بحساب ماحفر لانه يقيم العمل فى ملك المستأجر فيصير عمله مسلما اليه بقدر ما يفرغ منه ويتقرر حقه فى الاجر فلا يسقط حقه بالتلف بعد مايخرج من ضمانه ولو كانت بئر ماء فشرط عليه مع حفرها طيها بالآجر والجص فعمل وفرغ منها ثم انهارت فله الاجر كاملا وان انهارت قبل أن يطويها بالآجر فله الأجر بحساب ذلك لان بنفس العمل يجب له الاجر ويصير العمل مسلما الى صاحبه فيطالبه بالاجر بحساب ما أقام من العمل ولو استأجره ليحفرها فى الجبانة في غير ملكه ولا في فنائه فحفرها فانهارت فلا أجر له حتى يسلمها الى صاحبها بمنزلة العامل من الخياط والقصار فى بيت نفسه وهذا لان عمله مااتصل بملك المستأجر ليصير المستأجر بذلك قابضا ولا بد لدخول العمل فى ضمانه من أن يثبت يده عليه وذلك لا يكون إلا بالتسليم اليه وفى هذا اللفظ دليل علي ان الفناء حق المرء ولكنه غير مملوك له (ألا ترى) انه قال فى غير ملكه ولا في فنائه والفناء في يده لكونه أحق بالانتفاع به فاذا كان الحفر فيه يصير العمل مسلما اليه بمنزلة الحفر فى ملكه . وكذلك لو استأجره ليحفر له قبرا ثم دفن فيه انسان قبل أن يأتى المستأجر بجنازته لم يكن علي المستأجر أجر لانه حفر القبر فى غير ملك المستأجر فالم يسلم اليه لا يتقرر حقه فى الاجر وان جاء المستأجر فخال الاجير بينه وبين القبر فانهار بعد ذلك أودفنوا فيه انسانا آخر فله الاجر كاملا لانه قد سلم المعقود عليه الى صاحبه وان دفن فيه المستأجر ميتة ثم قال للاجير أحث التراب عليه فابى الاجير فى القياس لا يلزمه ذلك لانه التزم عمل الحفر وحثى التراب كنس وليس بحفر وهو ضد ماالتزمه بعقد الاجارة ولكنى انظر الى مايصنع أهل تلك البلاد فان كان الاجير هو الذى يحثى التراب خيرته في ذلك وذلك يعمل بالكوفة وان كان الاجير لم يفعل ذلك في تلك البلدة لم أجبره عليه وهذا لان بمطلق العقد يستحق ماهو المتعارف والمعروف فى كل موضع يجعل كالمشروط . وان أراد أهل الميت أن يكون الاجير هو الذى يضع الميت في لحده وهو ينصب اللبن عليه لم يجبر الاجير على ذلك لان هذا غير متعارف بل العرف ان أقرباء الميت وأصدقاءهم الذين يضعونه فى لحده وترك ذلك الى الاجير يعد من الاستخفاف به فان وصف له موضع يحفر فيه فوافق فيه جبلا هو أشد من وجه الارض فحفره لم يزد على أجره لانه قد التزم عمل الحفر مع علمه باختلاف أطباق الارض فى الصلابة والرخاوة وان استأجره بالكوفة يحفر قبرا ولم يسم له فى أى المقابر يحفر فالعقد فاسد فى القياس للجهالة التى تفضى الى المنازعة ولكن أستحسن اذا حفر في الناحية

التي يدفن فيها أهل ذلك الموضع أجعل له الاجر وهذا بناء على عادة أهل الكوفة فان لكل درب فيهم مقبرة على حدة لاهلها فأما في ديارنا فلو انتقل من محلة الى محلة فلا بد من تسمية المقبرة بناء على عرف ديارنا وان سمى له موضعا معلوما لحفر في موضع آخر فلا أجر له الا أن يدفنوا في حفرته فان فعلوا ذلك فله الاجر حينئذ وكذلك ان أمروه بحفر القبر ولم يسموا موضعا لحفر في غير مقبرة أهل تلك البلدة أو تلك الناحية فلا أجر له الا أن يدفنوا في حفرته فحينئذ يستوجب الاجر لوجود الرضاء منهم بعمله حين دفنوا الميت فيه وان أرادوا منه تطيين القبر أو تجصيصه فليس ذلك عليه لانه التزم عمل الحفر والتجصيص ليس من ذلك في شيء وفي العادة الذي يطين القبر غير الذي يحفره وان استأجروه ليحفر لهم القبر ولم يسموا له طوله ولا عرضه ولا عمقه في الارض فهو فاسد في القياس لان القبور تختلف في الطول والعرض والعمق والعمل بحسبه يتفاوت ولكني أستحسن فاجبره فاقدره بوسط ما يعمل الناس لان ذلك معلوم بالعرف فهو كالشروط بالنص وبمطلق العقد يستحق الوسط في المعاوضات فانه فوق الوكس ودون الشطط وخير الامور أوسطها وان وصفوا له موضعا فوجد وجه الارض لينا فلما حفر ذراعا وجد جبلا أجبره على أن يحفر ان كان ذلك مما يحفر الناس لانه التزمه بمطلق العقد وان لم يسموا له لحدا ولا شقا فهو على عادة أهل تلك الناحية فان كان بالكوفة فمعظم عملهم على اللحد وان كان في بلد عظم عملهم على الشق فهو على الشق لان بمطلق العقد يستحق المتعارف والمتعارف ما عليه عظم العمل ولو استأجره ليكرى له نهرا أو قناة فأراه مفتحها ومصبها وعرضها وسمى له كم يمكن في الارض فهو جائز وان اشترط طيها بالآجر والجص من عند الاجير فهو فاسد لانه مشترى للآجر والجص فهذا بيع شرط في الاجارة وذلك مفسد للعقد وان شرط الآجر والجص من عند المستأجر ولم يسم عدد الآجر فهو في القياس فاسد لجهالة ما شرط عليه من العمل وذلك يتفاوت بتفاوت الآجر وفي الاستحسان هو جائز على ما يعمل الناس لان عدد ما يحتاج الناس اليه لذلك العمل من الآجر معلوم عند أهل الصنعة فيكون كالمشروط وان سمى عدد الآجر وكيل الجص وعرض الطي وطوله في السماء فهو أوثق لانه عن المنازعة أبعد وان استأجر قوما يحفرون له سردابا لم يجز حتى يسمي طوله وعرضه وقمره في الارض فالمعقود عليه لا يصير معلوما الا بذلك وبعد الاعلام اذا عمل بعضهم أكثر من غيره فالاجر بينهم على عدد الرؤوس لان

استحقاق الاجر بقبل العمل وقد استووا في ذلك ولانه اشتركوا مع عملهم أنه لا بد من تفاوت فى عملهم فكان ذلك رضاء منهم بترك اعتبار ذلك التفاوت وان لم يعمل واحد منهم لمرض أو عذر فان كان بينهم شركة فى الاصل فله الاجر معهم بعقد الشركة بينهم وان لم يكن بينهم شركة فلا أجر له لان استحقاق الاجر بالعمل لا يستحقه من لم يعمل سواء ترك العمل بعذر أو بغير عذر ويرفع عنهم من الاجر بحساب حصته ويكون عملهم فى حصته تطوعا لان كل واحد منهم يستحق الأجر عند العمل بالتسمية فانما يستحق بقدر ما سمى له وان زاد عمله على ما التزم بالعقد فهو متطوع في تلك الزيادة . رجل تكارى رجلا يحفر له بئرا عشرة أذرع طولا فى عرض معلوم بعشرة دراهم وزعم الحفار أنه شرط أن يحفرها خمسة أذرع طولا ولم يعمل شيئا بعد فانهما يتحالفان لاختلافهما فى مقدار المعقود عليه في حال قيام العقد واحتماله للفسخ وان كان قد حفر خمسة أذرع فالقول قول المستأجر مع يمينه ويعطيه من الاجر بحساب ماقال لان الاجير يدعى عليه الزيادة وهو منكر ويحلف الاجير على دعوى المستأجر لانه يدعى عليه حفر خمسة أذرع أخري مما التزمه بالعقد وهو منكر فيحلف على ذلك ويتشاركان فيما بقى ولوقال احفر لي فى هذا المكان فحفر فانتهى الى جبل لا يطاق أي لا يطاق بآلة الحفارين فالاجير بالخيار لما يلحقه من الضرر فوق ماالتزمه بالعقد والله أعلم بالصواب

باب اجارة البناء

(قال رحمه واذا استأجر الرجل رجلا يبنى له حائطا بالجص والآجر وأعلمه طوله وعرضه وعمقه وارتفاعه فى السماء فهو جائز) لانه عمل معلوم يستأجر عليه عرفا ويقدر الاجير على ايفائه وان سمى كذا كذا ألف آجرة من هذا الآجر وكذا كذا من الجص ولم يسم الطول والعرض فهو في القياس فاسد لجهالة المعقود عليه لان المعقود عليه العمل دون الآجر والجص والعمل يختلف باختلاف صفة الحائط في الطول والعرض وفى أسفل الحائط يكون العمل أسهل وكل مايرتفع من وجه الارض كان العمل أشق ولكنه استحسن (فقال) هذه الجهالة لاتفضي الى المنازعة وببيان مقدار الآجر والجص يصير الطول والعرض فى الحائط الذى يبنى عليه معلوم عند أهل الصنعة فلو سمى مع ذلك الطول والعرض كان أجود لانه عن الجهالة أبعد وان سمى كذا كذا آجرا ولبنا ولم يسم الملبن ولم يره اياه فهو فاسد في القياس للجهالة ولكنه

استحسن فقال ان كان ملبن ذلك البلد الآجر واللبن واحد معلوم فالمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص وان كان مختلف فحينئذ يفسد العقد اذا لم يبين فهو قياس النقد فى ذلك واذا استأجر بناء ليبنى له دارا الاساس والسراديب والسفل والعلو بالطاقات والاساطين والحيطان على مثل ما يبنى بالكوفة كل ألف آجرة وأربعة اكرار جص بكذا فهو فى القياس فاسد لان الاساس والسفل أهون من العلو والطاقات أشد من الحائط المستطيل فكان المعقود عليه مجهولا وربما تفضى هذه الجهالة الى المنازعة فالبناء عند العقد لا يعرف مراد صاحب البناء ولكنه استحسن (فقال) صفة البناء معلوم بطريق الظاهر والانسان انما يبنى داره على عادة أهل بلده وأهل محلته وان كان يتكلف التفاوت فهو يسير لا تجزئ المنازعة باعتبار العادة (قال) واجمل الزنابيل والدلاء وآنية الماء على رب الدار للعرف ولان البناء التزم بالعقد العمل وهذه الاشياء ليس من العمل فى شئ فيكون على رب الدار كالآجر والجص ولا طعام على رب الدار فى هذه الاجارة لانه بالعقد التزم الأجر والطعام وراء الأجر ولانه غير معتاد فى تقبل العمل وانما هو معتاد فى استئجار العامل يوما بيوم وان اشترط رب الدار الزنبيل وآنية الماء على المستقبل فهو عليه لانه التزمه وقد استأجره للعمل باداة نفسه وذلك جائز كاستئجار الخياط ليخيط بابرة نفسه وأما الماء فهو على رب الدار بمنزلة الآجر والجص ولكن على المستقبل أن يسقيه ان كانت فى الدار بئر أو كانت البئر قريبة من الدار باعتبار العرف ولكن المرء على المستقبل ولا فرق بين المرء والزنبيل من حيث المعنى ولكن العرف معتبر فيها والى ذلك أشار بقوله لان عمل الناس بالكوفة على ذلك وان تكارى رجلا يعمل له يوما الى الليل فهو جائز فيعمل له من حين يصلى الغداة الى غروب الشمس لانه تكاراه يوما وأول اليوم من طلوع الفجر الثانى الا ان ماقبل الفراغ من الصلاة صار مستثنى ولانه يشتغل بالصلاة قبل أن يأخذ فى العمل وآخر اليوم غروب الشمس بدليل امتداد الصوم اليه (قال) والعمال بالكوفة يعملون الى العصر وليس لهم ذلك إلا أن يشترطوه لان العرف لا يعارض النص وقد نص عند العقد على يوم ولا يكون له أن يترك العمل قبل غروب الشمس الا عن شرط ولو اشترط رب الدار على وضع الجذوع والهوادى وكنس السطوح وتطيينها وسمى ذلك فهو جائز لانه معلوم عند أهل الصنعة وان استأجره ليبنى له باللبن فعلى البناء بل الطين ونقله الى الحائط الا أن يكون مكانا بعيدا فيكون بالخيار اذا علم ذلك لانه يلحقه زيادة ضرر لم يلتزمه بالعقد فان كان أراه المكان فلا خيار له

لالتزامه ذلك القدر من الضرر وان استأجره ليبنى له حائطا بالرهص وشرط عليه الطول والعرض والارتفاع فهو جائز لان العمل بما سمى يصير معلوما عند أهل الصنعة على وجه لا يتفاوت والله أعلم بالصواب

باب اجارة الرقيق فى الخدمة وغيرها

(قال رحمه الله واذ استأجر عبدا للخدمة كل شهر باجر مسمى فهو جائز) لانه عقد متعارف وقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم يباشروا ذلك فهو عمل مباح معلوم في نفسه فيجوز الاستئجار عليه وله أن يستخدمه من السحر الا أن تنام الناس بعد العشاء الاخيرة لان بمطلق التسمية يستحق ما هو المتعارف وابتداء الاستخدام من وقت السحر متعارف فمن يبتكر يحتاج الى أن يسرج الخادم ويهيأ أمر طهوره ويرفع فراش نومه ويبسط ثوب تعبده وكذلك الى ما بعد العشاء الاخيرة قد يجلسون ساعة خصوصا فى زمن طول الليالى ثم يحتاج الى خادم يبسط فراش نومه ويطوى ثيابه ويطفئ السراج فلهذا كان له أن يستخدمه الى هذا الوقت وانما يخدمه كما يفعل الناس فما يكون اعمال الخدمة معلوم عند الناس يطلبون ذلك من المماليك والخدم ولا يكلفونهم فوق ذلك فكذلك فى وسط الليل الاستخدام غير متعارف ولا يكون له أن يكلفه ذلك ويكره له أن يستأجر امرأة حرة أو أمة يستخدمها ويخلو بها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان ولانه لا يأمن من الفتنة على نفسه أو عليها اذا خلا بها ولكن هذا النهى لمعنى فى غير العقد فلا يمنع صحة الاجارة ووجوب الأجر اذا عمل كالنهى عن البيع وقت النداء واذا استأجر العبد كل شهر بكذا فى قول أبى حنيفة رحمه الله الاول يطالبه بالاجر شهرا فشهرا وفى قوله الآخر يوما بيوم وقد بينا نظيره وان دفع عبده الى رجل يقوم عليه أشهر مسماة فى تعليم النسخ على أن يعطيه المولى كل شهر شيئا مسمى فهو جائز لانه استأجره ليتعلم عنده وتعليم الاعمال معلوم عند أهل الصنعة فيصح الاستئجار عليه عند بيان المدة وان كان الاستاذ هو الذي شرط للمولى أن يعطيه ذلك ويقوم على غلامه فى تعليم ذلك فهو جائز لانه يستخدم الغلام ويستعمله فى حوائجه واستأجره مدة معلومة بما سمى من البدل وتعليم العمل وكل واحد منهما يصلح عوضا عند الانفراد فكذلك عند الجمع بينهما وكذلك تعليم سائر الاعمال وتعليم الخط والهجاء والحساب

فان شرط عليه أن يحذقه فى ذلك فهو غير جائز لان التحذيق ليس فى وسع المعلم فالحذاقة لمعنى فى المتعلم دون المعلم وان أراد أن يدفع عبده الى عامل باجر مسمى سنة فاراد رب العبد أن يستوثق من الاستاذ فانه يؤاجر الشهر الاول بجميع الاجرة الا درهما وباقى السنة بنفسه حتى اذا أراد الاستاذ فسخ العقد بعد مضي الشهر لا يتضرر مولى العبد بذلك ويمتنع الاستاذ من ذلك لما لحقه من زيادة الاجر (قال) وان أراد الاستاذ أن يستوثق جعل السنة كلها الا الشهر الاخير بدرهم والشهر الأخير ببقية الأجر وهذا العقد جائز لانهما عقدا عقدين كل واحد منهما فى مدة معلومة ببدل معلوم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يخالف الاجرين فيجعل أحدهما دنانير والآخر دراهم فهذا أقرب الى التوثق وانما قصدا بهذا التحرز عن جهل بعض الحكام كيلا يجعلوا عقدا واحدا لاتصال المدة بعضها ببعض واتحاد جنس الاجر واذا دفع غلامه الى عامل ليعلمه عملا ولم يشترط واحد منهما على صاحبه أجرا أو دفعه على وجه الاجارة فلما علمه العمل قال الاستاذ لي الاجر وقال رب العبد لي الأجر فانى أنظر الى ماتصنع أهل تلك البلاد فى ذلك العمل فان كان المولي هو الذى يعطى الاجر جعلت عليه أجر مثله للاستاذ وان كان الاستاذ هو الذى يعطى الاجر جعلت علي الاستاذ أجر مثله للمولى لان العقد كان مطلقا بينهما فيجب حمله علي المتعارف ولان الظاهر شاهد لمن يوافق العرف قوله والبناء علي الظاهر واجب حتى يتبين خلافه (قال) رضى الله عنه كان شيخنا الامام رحمه الله يقول العمل الذى يشترط للاستاذ فيه الاجر فى ديارنا عمل المنازل فانه يفسد الحسب حتى يتعلم وكذلك الذى ينقب الجواهر وما أشبه ذلك من الاعمال الذى يفسد المتعلم بعض ماهو متقوم حتى يتعلم فاذا كان بهذه الصفة فالاجر للاستاذ ولو لم يكن الاجر مسمي عند العقد فيصار الى أجر المثل فاذا استأجر الرجل غلاما فى عمل مسمى كل شهر بكذا فالعقد لازم على كل شهر واحد لانه أضاف كلمة كل الى ما لا يعرف منتهاه فيتناول أدناه وكل شهر يستعمله فيه بعد ذلك فله الاجر فاذا دخل من الشهر الثانى يوم واحد واستعمله فيه فقد لزمته الاجارة فى ذلك لوجود الرضى منهما دلالة وبعد لزوم العقد لا يكون له أن يخرجه الا من عذر واذا أبق العبد من المستأجر فله أن يفسخ الاجارة لتعذر استيفاء المعقود عليه فان لم يفسخها حتي رجع العبد فالاجارة لازمة له فيما بقى من المدة لزوال العذر وقد بينا أن الاجارة في حكم عقود متفرقة فيما يفسخ العقد فى بعض المدة لفوات المعقود عليه فذلك لا يمنع لزومه فيما بقى من المدة . واذا استأجر

عبدا شهرين شهرا بخمسة وشهرا بستة فهو جائز لان كل واحد من العقدين يتناول مدة معلومة ببدل معلوم ثم الشهر الاول يجب فيه من البدل ماذكر أولا ان كان ذكر الخمسة أولا ففي الشهر الاول يجب خمسة لانه لو اقتصر على المذكور أولا يتعين له الشهر الاول فلا بد من أن يصرف المذكور آخرا الى الشهر الثاني وان استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهم وشهرا بخمسة فالشهران الاولان بدرهم لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وانما بدأ بتفسيره بالشهرين الاولين بدرهم وان استأجره للخدمة بالكوفة فليس له أن يسافر به لان خدمة السفر أشق من خدمة الحضر فليس له أن يكلفه فوق ماالتزم لان السفر شقة من العذاب فليس له أن يكلفه بمطلق العقد فان (قيل) هو في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لايكون له أن يسافر بأجيره للخدمة (قلنا) انما يسافر المولى في منافعه بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبة أجيره وانما يملك منافعه بالعقد والمسمى في العقد استخدامه في الكوفة فلا يكون له أن يجاوز ذلك (ألاترى) انه يزوج عبده لملكه رقبته ولا يدل ذلك أن له أن يزوج أجيره وان سافر به فهو ضامن لمولاه لانه صار غاصبا له بالاخراج والاستخدام لاعلى الوجه المستحق بالعقد ولا أجر عليه لان الاجر والضمان لايجتمعان ولان المعقود عليه منافع العبد بالكوفة ولايتصور وجود ذلك بعد اخراجه من الكوفة وان استأجره بالكوفة ليستخدمه كل شهر بأجر مسمى ولم يشترط الخدمة بالكوفة فهو على الخدمة بالكوفة أيضا وليس له أن يسافر به لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولانه بالعقد يستحق الاستخدام فقط والسفر به وراء الاستخدام وهو يلزم مولاه مؤنة الرد فلا يكون ذلك الا عن شرط فان سافر به بغير اذن مولاه فهو ضامن ولا أجر عليه لما قلنا وليس له أن يضرب العبد فان ضربه بغير اذن صاحبه فعطب فهو ضامن ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله ظاهر فقد بيناه في الدابة ان استأجرها انه لو ضربها فعطبت ضمن عنده ففي العبد أولى وهما يفرقان فيقولان العبد مخاطب يؤمر وينهى فيفهم ذلك ولا يحتاج الى ضربه عند الاستخدام عادة فلا يصير ماذونا فيه بمطلق العقد بخلاف الدابة فانها لاتفهم الامر والنهي ولاتتفاوت في السير الا بالضرب فيكون له أن يضربها ضربا متعارفا وان دفع الاجر عند غرة الشهر الأول الى العبد فان كان المولى هو الذي أجره لم يبرأ من الاجر لان حقوق العقد في الاجارة تتعلق بالعاقد والعبد ليس بعاقد ولا مالك للاجر فالدفع اليه كالدفع

الى أجنبي آخر وان كان العبد هو الذي أجر نفسه فهو بريئ من الاجر لانه هو العاقد واليه قبض البدل بحكم العقد وله أن يكلفه كل شيء من خدمة البيت ويأمره أن يغسل ثوبه و ن يخيط ويخبز ويعجن اذا كان يحسن ذلك ويعلق على دابته وينزل بمتاعه من ظهر بيت أو يرقى به اليه ويحلب شاته ويستقي له من ماء البئر فهذا كله يعد من الخدمة ومايكون من الخدمة معلوم عند الناس باعتبار العادة وفى اشتراط تسمية كل ذلك عند العقد حرج والحرج مدفوع وليس له أن يقعده خياطا ولا في صناعة من الصناعات وان كان حاذقا فى ذلك لانه استأجره للخدمة وهذا العمل من التجارة ليس من الخدمة فى شيء وليس على المستأجر إطعامه الا أن يتطوع بذلك أو يكون فيه عرفا ظاهرا فله أن يأمره بخدمة أضيافه لان ذلك من خدمته فالانسان يستأجر الخادم لينوب عنه فيما هو من حوائجه وخدمة أضيافه من جملة حوائجه وله أن يؤاجره من غيره للخدمة لان هذا مما لا يتفاوت الناس فيه عادة كسكنى الدار ونحوه ولان العبد عاقل لا ينقاد اذا كلف فوق طاقته وبعد الطاقة لا فرق بين أن يستخدمه المستأجر الاول والثاني . وان تزوج المستأجر امرأة فقال لها اخدميني وعيالي فله ذلك لان خدمة العيال من حوائجه وانما يستأجر الخادم فى العادة لذلك وكذلك المرأة ان كانت هى المستأجرة فتزوجت فقالت اخدمني وزوجي فلها ذلك لانه من حوائجها وهو أظهر لخدمة الزوج عليها فانما استأجرته لينوب عنها فيما يحق عليها وان استأجرت امرأة رجلا ليخدمها فهو جائز وأكره أن يخلو بها حرا كان أو عبدا لما فيه من خوف الفتنة واذا استأجر الرجل أمرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز لان خدمة البيت مستحقة عليها دينا ومطلوب منها بالنكاح عرفا على ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما زوج فاطمة من علي رضى الله عنهما جعل أمور داخل البيت عليها وأمور خارج البيت عليه ولان الشرع ألزمه نفقتها لتقوم بخدمة بيته فلا تستحق مع ذلك أجرا آخر وان سمى وان استأجرها لترضع ولدا له من غيرها أو لترعى دوابه أو تعمل عملا سوى خدمة البيت فهو جائز لان هذا العمل غير مستحق عليها ولا مطلوب بالنكاح منها وان استأجرت المرأة زوجها ليخدمها فهو جائز لان خدمتها غير مستحقة على الزوج وقال في كتاب الآثار له أن يمتنع من الخدمة لانه يلحقه مذلة بأن يخدم زوجته وذلك عذر فى فسخ الاجارة كالحرة اذا أجرت نفسها للظؤرة ولم تكن معروفة بذلك ولو خدمها كان له الاجر عليها وكذلك لو استأجرته يرعى غنمها أو يقوم على عمل لها فانه في ذلك كاجنبي آخر وان استأجر الرجل ابنه

ليخدمه في بيته لم يجز ولا أجر عليه لان خدمة الاب مستحق على الابن دينا وهو مطالب به عرفا فلا يأخذ عليه أجرا ويعد من العقوق أن يأخذ الولد الاجر على خدمة أبيه والعقوق حرام وكذلك ان استأجرته الام لان خدمتها أوجب عليه فانها أحوج الى ذلك وأشفق عليه وان كان أحدهما استأجره ليرعيه غنما أو يعمل غير الخدمة جاز فان ذلك غير مستحق عليه ولا هو مطلوب فى العرف وان استأجر الابن أباه أو أمه أو جده أو جدته لخدمته لم يجز لانه منهى عن استخدام هؤلاء لما فيه من الاذلال فلا يجوز أن يصير ذلك مستحقا له قبلهم بعقد الاجارة وكيف يستحق هو ولا يترك هو ايستخدام والده ولا الوالدة تخدمه ولكن ان عمل شيئا من ذلك فله الاجر لان بعد الاستخدام لو لم يوجب عليه الاجر كان معنى الاذلال فيه أكبر ولأنا لم نحكم بصحة العقد في الابتداء لكن لا تصير خدمته مستحقة عليه وقد زال هذا المعنى حتى أقام العمل وان كان الابن مكاتبا فاستأجره أبوه لخدمته وأبوه حر غنى عن خدمته أو محتاج اليها فهو جائز لان المملوك لا يلزمه خدمة أحد من أقاربه سوى مولاه فهو فى ذلك كاجنبي آخر ولان خدمته لمولاه ولا سبب بين المولى وبين المستأجر والمكاتب بمنزلة العبد مملوك حتى لا تلزمه نفقة أبيه الحر وان كان محتاجا فكذلك لا تلزمه خدمته وان كان الاب عبدا والابن حرا فاستأجره من مولاه ليخدمه بطل ذلك ولم يجز لان الابن ممنوع من اذلال أبيه وان كان عبدا ولهذا يعتق عليه اذا ملكه وفى استخدامه اذلاله ولا يلحقه الذل فى أن يخدم ابنه وليس للمرء أن يذل نفسه فان عمل جعلت له الاجر لما قلنا فان كان الاب كافرا والابن مسلما أو الابن كافرا والاب مسلما فاستأجره لخدمته لم يجز لان خدمة الاب مستحقة على الابن دينا مع اختلاف الدين (ألا ترى) أنه يلزمه نفقته فهو كاستئجار ابنه للخدمة اذا كان موافقا له في الدين ويجوز الاستئجار للخدمة بين الاخوة وسائر الاقارب كما يجوز بين الاجانب بخلاف الاستخدام بملك اليمين فان ذلك يثبت بطريق القهر من غير أن يرضى به الخادم والقرابة القريبة تصان عن مثله فاما هذا عقد يعتمد المراضاة والاستخدام عن تراض لا يكون سببا لقطيعة الرحم بينهما فان استأجر الذمى أو المستأمن مسلما لخدمته حرا أو عبدا فهو جائز ولكن يكره للمسلم خدمة الكافر لما فيه من معنى الذل وليس للمؤمن أن يذل نفسه ولكن هذا النهى لمعنى وراء ما به يتم العقد وان استأجر المسلم ذميا أو مستأمنا لخدمته كان جائزا ولكن لا ينبغي أن يستخدمه فى أمور دينه من أمر الطهور ونحوه فربما لا يؤدى الامانة

فيه قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا أى لا يقصرون فى الافساد من دينكم والله أعلم بالصواب

باب الاستئجار على ضرب اللبن وغيره

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل رجلا ليضرب له لبنا فى داره فان كان الملبن معلوما فهو جائز) لان العمل يتفاوت بحسب الملبن فاذا كان مجهولا فهذه الجهالة تفضى الى المنازعة وبعد ما كان معلوما فلا منازعة بينهما فان أفسد لبنه المطر قبل أن يرفعه أو انكسر فلا أجر عليه لانه لا يصير العمل مسلما الى المستأجر مالم يصر لبنا فما دام على الارض فهو طين لم يصر لبنا بعد (ألا ترى) أنه لو ترك كذلك فسد وصار وجه الارض فان أقامه فهو برئ منه اللبان فى قول أبى حنيفة رحمه الله وله الاجر وان فسد بعد ذلك وعندهما لا حتى يجف فاذا جف وأشرج فحينئذ له الاجر ومذهبهما استحسان اعتبرا فيه العرف واللبان هو الذى يتكلف لذلك فى العادة ومثل هذا يصير مستحقا بمطلق العقد كاخراج الخبز من التنور وغرف القدور فى القصاع يكون مستحقا على الطباخ عند الاستئجار فى الوليمة وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالقياس فقال المستحق عليه يصير الطين لبنا وقد فعل فانه لما أقام من وجه الارض عرفنا أنه صار لبنا وخرج من أن يكون طينا فالطين ينتشر على وجه الارض ولان الاقامة لتسوية أطرافه وذلك من عمل اللبان فاما بعد ذلك الجفاف ليس من عمل اللبان والتشريج كذلك فانه جمع اللبن وليس بعمل ليخدمه فى العين فهو كالنقل الى موضع البناء وذلك لا يستحق على اللبان * توضيحه أن المستأجر قد ينقل اللبن الى موضع العمل قبل أن يشرجه فلم يكن التشريج من المقاصد لامحالة بخلاف الاقامة فانه لا ينقله الى موضع العمل قبل الاقامة فصار ذلك مستحقا له على اللبان لما عرف من مقصود المستأجر وهذا كله اذا كان يقيم العمل فى ملك المستأجر فاما فى غير ملكه مالم يشرجه ويسلمه الى المستأجر لا يخرج من ضمانه حتى اذا فسد قبل أن يسلمه اليه لم يكن له الاجر الا على قول زفر رحمه الله وقد بينا نظيره فى الخياط والفرق بينما اذا كان يعمل فى بيت نفسه أو فى بيت المستأجر . ولو تكارى خبازا يخبز له لم يجب له الاجر حتى يخرجه من التنور وهذا على مذهبهما ظاهر وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بين هذا وبينما سبق فيقول لا بد من اخراج الخبز من التنور فالمستأجر لا يفعل ذلك

بنفسه عادة ولا يستأجر لاجله غيره بخلاف التشريج بعد اقامة العمل فليس ذلك بمطلوب لامحالة لجواز أن ينقله الي موضع العمل قبل التشريج * توضيحه أن الخبز لو ترك فى التنور يفسد وما يرجع الى الاصلاح صار مستحقا علي الخباز وذلك فى الاخراج من التنورو وزانة الاقامة فى اللبن فأما اللبن بعد الاقامة لو ترك ولم يفسد فلا يستحق التشريج علي اللبان الا بالشرط وان استأجره يضرب له لبنا بملبن معلوم ويطبخ له اجرا علي أن الحطب من عند رب اللبن فهو جائز لانه استأجره لعمل معلوم من عند العامل بآلات المستأجر وان أفسد اللبن بعد ما أدخله الاتون وتكسر لم يكن له الاجر لانه لم يفرغ منه بعد فانه ما لم يخرجه من الاتون لم يتم عمله فى طبخ الآجر فما لم يفرغ من العمل لا يصير مسلما الى صاحبه ولو طبخه حتى يصح ثم كف النار عنه فاختلف هو وصاحبه فى الاخراج فاخراجه علي الأجير بمنزلة اخراج الخبز من التنور لانه لو تركه كذلك فسد وان انكسر قبل أن يخرجه فلا أجر له لان العمل لايخرجه من ضمانه ما لم يفرغ منه وان أخرجه من الاتون والارض فى ملك رب اللبن وجب له الأجر ويبرأ من ضمانه لوقوع الفراغ من العمل وتحصيل مقصود المستأجر بكماله وان كان الأتون في ملك اللبان فلا أجر له حتى يدفعه الى صاحبه لانه ما اتصل عمله بملك المستأجر فلا بد من التسليم اليه حقيقة ليخرج من ضمانه واذا شق رجل راوية رجل فهو ضامن لما شق منها ولما عطب بما سال منها لم يستوعبها صاحبها لان المائع لا يستمسك الا بوعاء فشق الراوية بمنزلة صب مافيها (ألا ترى) أن قطع حبل القنديل بمنزلة مباشرة الالقاء والكسر فى ايجاب الضمان ولو صب ما فيها كان متلفا ضامنا لها ولما عطب بما سال منها لانه تسبب هو فيه متعديا بمنزلة حفر البئر والقاء الحجر فى الطريق وكذلك ان كان شيئا يحمله رجل فشقه آخر فان حمله صاحبه وهو ينظر اليه فهذا رضاء بما صنع استحسانا لانه بعد العلم به لا يترك استئنافه الا راضيا بصنعه والرضاء بدلالة العرف يثبت كسكوت البكر عند العلم بالعقد ومن باع مجهول الحال ثم قال له اذهب مع مولاك وهو ساكت والصغير والكبير فى هذا سواء لان وجوب هذا الضمان بمباشرة الاتلاف والصبي فيما يؤاخذ به من الافعال كالبالغ واذا شق راوية رجل فلم يسل ما فيها ثم مال الجانب الآخر فوقع وانخرق أيضا فهو ضامن لهما جميعا لانه بمنزلة المباشر يصب ما فى الراوية حين شقها وصب ما فى احدى الراويتين يكون ايقاعا للأخرى بطريق ازالة ما به كان الاستمساك وهو تسبب منه لالقاء الأخري وهو متعدى

في هذا السبب فيكون ضامنا إلا أن يكون صاحبه قدمضى وساق بعيره مع ذلك فيكون ذلك منه دليل الرضى بفعله فلا ضمان عليه فيما يحدث بعد ذلك كالوأمره فى الابتداء حين فعل (قال) أرأيت لو شق فيه ثقبا صغيرا فقال صاحبها بئسما صنعت ثم مضى وساقها فزلق رجل بما سال منه أكان يكون على الاول ضمان ذلك فلا شيء عليه من ذلك لوجود الرضاء من صاحبها حين ساق بعيره ولان فعل الاول قد انتسخ بما أخذ به الثاني من سوق البعير ونحوه وهذه المسئلة ليست من مسئلة الاجارات ولعل محمدا رحمه الله عند فراغه من هذا الكتاب ذكر هذه المسئلة قياسا فى هذا الموضع كيلا يفوت وقد جعل مثله فى كتاب البحر حين ذكر بابا من الاجارات فى آخر التجزى وقد بيناشرح ذلك ثم ذكر في نسخ أبي حفص رحمه الله زيادة مثله هنا (قال) اذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزا الى الليل فهذا باطل الا أن يسمى له قفيزا ولكن يقول على أن يطحن لى يوما الى الليل فحينئذ يجوز وأضاف هذا الجواب الى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد بينا قبل هذا فى الكتاب أنه متى جمع بين المدة والعمل فالعقد فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وجائز عندهما وقد جمع هنا بين المدة والعمل ثم أجاب بفساد العقد عندهما فاستدلوا بهذا على رجوعهما الى قول أبي حنيفة رحمه الله وقيل بل اختلف الجواب على قولهما باختلاف الموضوع فهناك ذكر ماهو المقصود من العمل بكماله فعرفنا أن ذكر المدة للاستعجال لا لتعليق العقد به فيبقى العقد على العمل سواء فرغ من العمل فى تلك المدة أو لم يفرغ وهنا لم يذكر جميع مقصوده فى العمل وانما استأجره مدة معلومة وشرط عليه فى كل يوم من أيامه عملا لا يدرى أيقدر على الوفاء به أو لا يقدر فلا بد من اعتبار المدة تعليق العقد بها والعمل مقصود لا بد من اعتباره أيضا وعند اعتبارهما يصير المستحق بالعقد مجهولا على ما قررنا لان باعتبار المدة المستحق هو الوصف الذي يجد به فى المعمول وجهالة المستحق بالعقد مفسد للعقد والله أعلم بالصواب

كتاب أدب القاضي

(قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الايمان بالله تعالى وهو من أشرف العبادات لاجله أثبت الله تعالى لآدم عليه السلام اسم الخلافة فقال

جل جلاله انى جاعل فى الارض خليفة وأثبت ذلك لداود عليه السلام فقال عز وجل ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الانبياء عليهم الصلاة والسلام قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم)وهذا لان في القضاء بالحق اظهار العدل وبالعدل قامت السموات والارض ورفع الظلم وهو ما يدعو اليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم من الظالم واتصال الحق الى المستحق وأمر بالمعروف ونهى عن المنكر ولاجله بعث الانبياء والرسل صلوات الله عليهم وبه اشتغل الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم وقد دل على جميع ماقلنا الحديث الذى بدأ به محمد رحمه الله الكتاب ورواه عن أبى بكر الهذلى عن أبى المليح عن أسامة الهذلى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى أبى موسى الاشعرى رضي الله عنه أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة وما كتب عمر الى أبى موسى رضى الله عنهما عند الناس يسمونه كتاب سياسة القضاء وتدبير الحكم وقوله أما بعد أى بعد الثناء على الله تعالى والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم وهذه الكلمة علامة بها يعرف تحول الكاتب الى بيان مقصوده من الكتاب وعد من فصل الخطاب قيل فى تأويل قوله تعالى وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب الحكمة النبوة وفصل الخطاب أما بعد وقال قتادة الحكمة الفقه وفصل الخطاب البينة على المدعى واليمين على من أنكر وقوله فان القضاء فريضة محكمة أى مقطوع بها ليس فيها احتمال نسخ ولا تخصيص ولا تأويل فتفسير الحكم هذا بيانه فى قوله تعالى آيات محكمات هن أم الكتاب ومنه يقال بناء محكم والفرض هو التقدير والقطع قال الله تعالى سورة أنزلناه وفرضناها وقوله سنة متبعة أى طريقة مسلوكة فى الدين يجب اتباعها على كل حال فالسنة فى اللغة الطريقة وما يكون متبعا منها فأخذها هدى وتركها ضلالة (قال) فأفهم اذا أدلى اليك الخصمان والادلاء رفع الخصومة الى الحاكم والفهم اصابة الحق فمعناه عليك ببذل المجهول فى اصابة الحق اذا أدلي اليك وقيل معناه اسمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده وبهذا يؤمر كل قاضي لانه لايتمكن من تميز الحق من المطبل الا بذلك وربما يجرى على لسان أحد الخصمين ما يكون فيه اقرار بالحق لخصمه فاذا فهم القاضى ذلك أنفذه واذا لم يفهم ضاع وانيه أشار في قوله فانه لاينفع تكلم بحق ولا نفاذ له وقيل المراد استمع الى كلام الشهود وأفهم مرادهم فانهم يتكلون بالحق بين يديك وانما يظهر منفعة ذلك لتنفيذ القاضى

إياه ثم قال أسّ بين الناس معناه سو بين الخصمين فالتأسي فى اللغة التسوية قال قائلهم

فلولا كثرة الباكين حولى على اخوانهم لقتلت نفسى

ومايبكون مثل أخى ولكن أعز النفس عنهم بالتأسى

وفيه دليل أن على القاضى أن يسوى بين الخصوم اذا تقدموا اليه اتفقت مللهم أو اختلفت فاسم الناس يتناول الكل وانما يسوى بينهم فيما أشار اليه في الحديث فقال فى وجهك ومجلسك وعدلك يعنى فى النظر الى الخصمين والاقبال عليهما فى جلوسهما بين يديه حتى لا يقدم أحدهما على الآخر وفى عدله بينهما وبالعدل أمر وحكى أن أبا يوسف رحمه الله قال فى مناجاته عند موته اللهم ان كنت تعلم انى ماتركت العدل بين الخصمين الا فى حادثة واحدة فاغفرها لي قيل وما تلك الحادثة قال ادعى نصرانى على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنى أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحاباة مع خصمه ولكنى رفعت النصرانى الى جانب البساط بقدر ماأمكننى ثم سمعت الخصومة قبل ان أسوى بينهما فى المجلس فهذا كان جورى ليعلم أن هذا من أهم ماينبغى للقاضي أن ينصرف اليه فى العناية لما أشار اليه فى الحديث فقال لا يطمع شريف فى حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك والحيف هو الظلم قال الله تعالى أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله فاذا قدم الشريف طمع فى ظلمه وانكسر بهذا التقديم قلب خصمه الضعيف فيخاف الجور وربما تمكن للشريف عند هذا التقديم من التلبس ويعجز الضعيف عن اثبات حقه بالحجة والقاضي هو المسبب لذلك باقباله على أحدهما وتركه التسوية بينهما في المجلس ويصير به متهما بالميل أيضا وهو مأمور بالتحرز عن ذلك بأقصى مايمكنه (قال) البينة على المدعى واليمين على من أنكر وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعد من جوامع الكلم على ما قال صلوات الله وسلامه أوتيت جوامع الكلم واختصر لي اختصارا وقد أملينا فوائد هذين الحديثين فى شرح كتاب الدعوى (قال) والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما وهذا أيضا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل جواز الصلح واشارة الى أن القاضى مأمور بدعاء الخصمين الى الصلح قد وصف الله تعالى الصلح بأنه خير فقال عز وجل والصلح خير وذلك دليل النهاية فى الخيرية ويستدل الشافعى رحمه الله بظاهر الاستثناء فى ابطال الصلح مع الانكار (قال) هو صلح حرم حلالا وأحل حراما لان المدعى اذا كان مبطلا فأخذ المال كان حرام عليه والصلح يحل له ذلك

وان كان محقا فالصلح يكون على بعض الحق عادة وما زاد على ذلك الى تمام حقه كان أخذه حلالا قبل الصلح حرم عليه ذلك بالصلح وكان حراما على الخصم منعه قبل الصلح أحل له ذلك بالصلح ولكنا نقول ليس المراد هذا ولكن المراد تحليل محرم العين أو تحريم ماهو حلال العين بان وقع الصلح على خمر أو خنزير أو في الخصومة بين الزوجات صالح احدى المرأتين على أن لا يطأ الاخرى أو صالح زوجته على أن يحرم أمته على نفسه فهذا هو الصلح الذى حرم حلالا أو أحل حراما وهذا باطل عندنا (قال) ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس راجعت فيه نفسك وهديت لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي فى الباطل وفيه دليل أنه اذا تبين للقاضى الخطأ فى قضائه بأن خالف قضاؤه النص أو الاجماع فعليه أن ينقضه ولا ينبغى أن يمنعه الاستحياء من الناس من ذلك فان مراقبة الله تعالى في ذلك خير له والى ذلك أشار عمر رضى الله عنه حين ابتلى بالحديث فى الصلاة الحديث الى أن قال كدت ان أمضى في صلاتى استحياء منكم ثم قلت لأن أراقب الله تعالى خير من أن أراقبكم فمن ابتلى بشئ من ذلك فليراقب الله تعالي وهذا ليس فى القاضي خاصة بل هو فى كل من يبين لغيره شيئا من أمور الدين الواعظ والمفتى والقاضي فى ذلك سواء اذا تبين له أنه زل فليظهر رجوعه عن ذلك فزلة العالم سبب لفتنة الناس كما قيل إن زل العالم زل بزلته العالم ولكن هذا فى حق القاضى أوجب لان القضاء ملزم وقوله الحق قديم يعنى هو الاصل المطلوب ولانه لا تنكتم زلة من زل بل يظهر لامحالة فاذا كان هو الذى يظهره على نفسه كان أحسن حالا عند العقلاء من أن تظهر ذلك عليه مع اصراره على الباطل ثم (قال) الفهم الفهم مما يتلجلج فى صدرك وقد بينا تفسير هذه اللفظ وفي تكراره مرة بعد مرة بيان انه ينبغى للقاضى أن يصرف العناية الى ذلك خصوصا اذا تمكن الاستيفاء فى قلبه فانه عند ذلك مأمور بالتثبت ممنوع عن المجازفة خصوصا فيما لا نص فيه من الحوادث واليه أشار فى قوله ما لم يبلغك فى القرآن والحديث وفيه بيان أنه لا ينبغى للمرء أن يتقلد القضاء مختارا الا اذا كان مجتهدا وأقرب ما قيل فى حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وأن يكون مصيبا فى القياس عالما بعرف الناس ومع هذا قد ابتلى بحادثة لا يجد لها في الكتاب والسنة ذكرا فالنصوص معدودة والحوادث ممدودة فعند ذلك لا يجد بدا من التأمل وطريق تأمله ما أشار اليه فى الحديث فقال اعرف الامثال والاشباه

وقس الامور عند ذلك فهو دليل جمهور الفقهاء رحمهم الله على ان القياس حجة فان الحوادث كلها لا توجد في الكتاب والسنة بخلاف مايقوله أصحاب الظواهر ثم (قال) وأعمد الى أحبها الى الله وأشبهها بالحق فيما نرى وهذا هو طريق القياس أن ترد حكم الحادثة الى أقرب الاشياء معنى ولكن انما يعتبر السنة في المعنى الذي هو صالح لاثبات ذلك الحكم به ثم (قال) أجعل للمدعى أمدا ينتهى اليه فان أحضر بينة آخذ بحقه والا وجهت القضاء عليه فان ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر وفيه دليل على أن القاضي عليه أن يمهل كل واحد من الخصمين بقدر مايتمكن من اقامة الحجة فيه حتى اذا قال المدعى بينتى حاضرة أمهله ليأتى بهم فربما لم يأت بهم في المجلس الاول بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه فيحتاج الى مدة ليأتي بهم وبعد ما أقام البينه اذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضى ليأتى بدفعه فانه مأمور بالتسوية بينهما في عدله وليكن امهاله على وجه لا يضر بخصمه فان الاستعجال اضرار بمدعي الدفع وفى تطويل مدة امهاله اضرار بمن أثبت حقه وخير الامور أوسطها وقوله فان أحضر بينته آخذ بحقه والا وجهت القضاء عليه ان كان مراده دعوي الدفع فهو أوضح لانه اذا عجز عن اثبات ما ادعي من الدفع وجه القاضي اليه القضاء ببينة المدعي ومالم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه لان الحجة انما تقوم عليه اذا ظهر عجزه عن الدفع بالطعن والمعارضة وان كان مراده جانب المدعي فمعنى قوله وجهت القضاء عليه ألزمته الكف عن أذى الناس والخصومة من غير حجة وقوله فان ذلك أجلى للعمى لازالة الاشتباه وأبلغ في العذر للقاضى عند من توجه القضاء عليه لانه اذا وجه القضاء عليه بعد ما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكرا له ساكتا واذا لم يمهله انصرف شاكيا منه يقول مال الي خصمى ولم يستمع حجتى ولم يمكنى من اثبات الدفع عنده ثم قال والمسلمون عدول بعضهم على بعض وقد نقل هذا اللفظ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو دليل لابى حنيفة رحمه الله علي جواز القضاء بشهادة المستور قبل السؤال عنه اذا لم يطعن الخصم وصفة العدالة ثابتة لكل مسلم باعتبار اعتقاده فان دينه يمنعه من الاقدام على مانعتقد الحرمة فيه فيدل على انه صادق في شهادته فالكذب في الشهادة محرم في اعتقاد كل مسلم قال صلى الله عليه وسلم في خطبته عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم قرأ فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور ثم قال الا مجلودا حدا قيل المراد من ظهر عليه ارتكاب كبيرة باقامة حد تلك الكبيرة عليه فالحدود مشروعة في ارتكاب الكبائر وبظهور ذلك عليه

تنعدم العدالة الثابتة ما لم تظهر توبته وانزجاره عنه وقيل المراد المحدود في القذف وقد ذكره في بعض الروايات الا مجلودا حدا في قذف فهو دليل لنا على أن المحدود في القذف لا تقبل شهادته وان تاب وان العدالة المعتبرة لاداء الشهادة تنعدم باقامة حد القذف عليه كما أشار الله تعالى اليه في قوله ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ثم قال أو محرما عليه شهادة زور فانه اذا عرف منه شهادة الزور فقد ظهر منه الجناية في هذه الامانة ومن ظهرت جنايته في شيء لا يؤتمن على ذلك ولانه ظهر منه ارتكاب الكبيرة على ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أكبر الكبائر الاشراك بالله تعالى وعقوق الوالدين ألا وقول الزور فما زال يقول ذلك حتى قلنا ليته سكت ثم (قال) لو ظنينا في ولاء أو قرابة أي منهما بسبب قرابة أو ولاء وهو الموالات فهو دليل على أن شهادة الوالد لولده لا تكون مقبولة وهو دليل لنا على أن شهادة أحد الزوجين لصاحبه لا تقبل فالزوجية من أقوى أسباب الموالاة وهو مما يجعل كل واحد منهما مائلا الى صاحبه وقد أشار الى نفس الولاء والقرابة انهما لا يقدحان في العدالة ولكن اذا تمكنت التهمة حينئذ يمتنع العمل بالشهادة حتى قيل في معناه اذا ظهر منه الميل الى مولاه وقرابته في كل حق وباطل حتى يؤثره على غيره وهو تفسير القانع بأهل البيت كما ذكره في الحديث المرفوع ثم (قال) فان الله تعالى تولى منكم السرائر يعني أن المحق والمبطل ليس للقاضي طريق الى معرفته حقيقة فان ذلك غيب ولا يعلم الغيب الا الله تعالى ولكن الطريق للقاضي العمل بما يظهر عنده من الحجة واليه أشار في قوله ودرأ عنكم بالبينات يعني درأ عنكم اللوم في الدنيا والاثم والعقوبة في الآخرة وهو معنى الحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القضاء جمرة فادفع الجمر عنك بعودين يعني شهادة الشاهدين ثم قال اياك والضجر والقلق وهما نوعان من اظهار الغضب فالقلق الحدة والضجر رفع الصوت في الكلام فوق ما يحتاج اليه والقاضي منهي عن ذلك لانه يكسر قلب الخصم به ويمنعه من اقامة حجته ويشتبه على القاضي بسببه طريق الاصابة وربما لا يفهم كلام أحد الخصمين عند ذلك (قال) والبادي بالناس يعني اظهار البادين بكثرة الخصوم بين يديه واظهار الملال منهم والمراد البادي بما يسمع من بعض الخصوم مما لا حاجة به اليه فقد يطول أحد الخصمين كلامه ولكن لا ينبغي للقاضي أن يظهر البادي بذلك مالم يجاوز الحد فاذا تكلم بما يرجع الى الاستخفاف بالقاضي أو يذهب به حشمة مجلس القضاء فحينئذ يمنعه عن ذلك ويؤدبه عليه ثم (قال) والتنكر للخصوم وهو أن يقطب وجهه اذا تقدم اليه

خصمان فان فعل ذلك مع أحدهما فهو جور منه وان فعله معهما ربما عجز المحق عن اظهار حقه فذهب وترك حقه (ألا ترى) الي قوله تعالى ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك ثم قال في مواطن الحق التي يوجب الله تعالى بها الاجر ويحسن بها على الذخر يعنى فى مجالس الحكم فالحلم وترك الضجر والقلق واظهار البشر مع الناس محمود في كل موضع وفي مجالس القضاء البشر وطلاقة الوجه أولى بعد أن يكون فعله ذلك لوجه الله تعالى كما قال فانه من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس والى نحوه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله من أخلص سريرته أخلص الله علا نيته ثم قال ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه يسبه يعنى اذا راآ بعمله والمرآة مذمومة حرام علي كل أحد وهو فى حق القاضى آكد لانه غير محتاج الي ذلك وانما يفعل المرء ذلك عند حاجته ولانه يقلد القضاء ليكون خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يحكم به بين الناس فينبغى أن يكون أشبه برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو كان أبعد الناس عن المرآة والنفاق وقوله يسبه الله أى يفضحه الله تعالى على رؤس الاشهاد قال النبي صلي الله عليه وسلم من راآ راآ الله به ومن سمع سمع الله به ثم قال فما ظنك بثواب غير الله فى عاجل رزقه وخزائن رحمته معناه أى ان المرائى بعمله يقصد اكتساب محمد أو منال شيء مما فى أيدى الناس ومايفوته به اذا ترك الاخلاص من ثواب الله تعالى فالعاقل اذا قابل ماهو موعود له من الله تعالى عند التقوى والاخلاص بما يطمع فيه من جهة الناس ترجح ما عند الله تعالى لا محالة وذلك عاجل الرزق كما قال الله تعالى ومن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب والمغفرة والرحمة كما قال الله تعالى ان رحمة الله قريب من المحسنين أى المتقين المخلصين فالحديث من أوله الي آخره دليل على ان للقاضى أن يستشعر التقوى فيما يفعل فهو ملاك الامر قال صلي الله عليه وسلم ملاك دينكم الورع وقال التقى ملجم وعن عامر قال كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الى معاوية رضى الله عنه أما بعد فانى كتبت كتابا في القضاء مالم آلك ونفسي فيه خيرا وفيه دليل ان الامام ينبغى له أن يكتب الى عماله فى كل وقت يوصيهم وقد كان معاوية رضي الله عنه عامله بالشام فكتب اليه فى القضاء بهذا الكتاب وبين أنه لم يقصر بل بالغ في اكتساب الخير لنفسه وله ثم ان عمر رضى الله عنه قال الزم خمس خصال يسلم لك دينك وتأخذ فيه بافضل خطك اذا تقدم اليك الخصمان فعليك بالبينة العادلة واليمين القاطعة فهو الطريق للقاضى الذى لا يعلم الغيب فمن تمسك

به سلم له دينه ونال أفضل الحظ من المحمدة في الدنيا والثواب في الآخرة فمعنى اليمين القاطعة للخصومة والمنازعة ثم قال وأدن الضعيف حتى يشتد قلبه وينبسط لسانه ولم يرد بهذا الامر تقديم الضعيف على القوي وانما أراد الامر بالمساواة لان القوي يدنو بنفسه لقوته والضعيف لا يتجاسر على ذلك والقوى يتكلم بحجته وربما يعجز الضعيف عن ذلك فعلى القاضي أن يدني الضعيف ليساويه بخصمه حتى يقوي قلبه وينبسط لسانه فيتكلم بحجته ثم قال وتعاهد الغريب فانك ان لم تعاهده ترك حقه ورجع الى أهله فربما ضيع حقه من لم يرفع به رأسه قيل هذا أمر بتقديم الغرباء عند الازدحام في مجلس القضاء فان الغريب قلبه مع أهله فينبغي للقاضي أن يقدمه في سماع الخصومة ليرجع الى أهله وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بتعاهد الغرباء وقيل مراده ان الغريب منكسر القلب فاذا لم يخصه القاضي بالتعاهد عجز عن اظهار حجته فيترك حقه ويرجع الى أهله والقاضي هو المسبب لتضييع حقه حين لم يرفع به رأسه ثم قال وعليك بالصلح بين الناس ما لم يستبن لك فصل القضاء وفيه دليل أن القاضي مندوب اليه أن يدعو الخصم الى الصلح خصوصا في موضع اشتباه الامر وبه كان يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول ردوا الخصوم كي يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن وعن شريح رحمه الله أن عمر رضى الله عنه كتب اليه أن لا يشار ولا يضار ولا يبيع ولا يبتاع في مجلس القضاء ولا ترتشي ولا تقضي بين اثنين وأنت غضبان أما قوله لا يشار منهم من يروى بالشين قالوا المراد المشورة أنه لا ينبغي للقاضي في مجلس القضاء أن يشتغل بالمشورة وليكن ذلك في مجلس آخر فانه اذا اشتغل بالمشورة في مجلس القضاء ربما يشتبه طريق الفصل عليه وربما يظن جاهل أنه لا يعرف حتى يسأل غيره فيزدري به وقد قدمنا مثل هذا لعمر رضى الله عنه في حادثة بيناها في المناسك والاظهر بالشين لا يشار معناه لا يشار أحد الخصمين لان ذلك يقصر قلب الخصم الآخر ويلحق به تهمة الميل من حيث ان خصمه يظن أنه فيما يشار بصابعه على رشوة ولذلك لا يشار غير الخصمين في مجلس القضاء لان مجلس القضاء يجمع الناس ومشارة الاثنين في مثل هذا المجلس تؤدي الى فتنة الآخرين قال صلى الله عليه وسلم اذا كان القوم ثلاثة فلا يتناجى اثنان دون الثالث فان ذلك يحزنه وقوله لا يضار من الضرر أي لا يقصد الاضرار بالخصوم في تأخير الخروج ولا ينغص الخصوم في استعجاله ليعجز عن اقامته حجته وفي رفع الصوت عليه أو في أخذه يسقط من كلامه ان زل فلمجالس القضاء من المهابة والحشمة ما يعجز كل

أحد عن مراعاة جميع الحدود فى الكلام فاذا لم يعرض القاضى عن بعض مايسمع كان ذلك منه مضارة والقاضى منهى عن ذلك وفيه دليل على أنه لا يشتغل بالبيع والشراء فى مجلس القضاء لان بذلك ينقص حشمة مجلس القضاء ولانه مجلس اظهار الحق وبيان أحكام الدين فلا ينبغى أن يخلط به شيئا من عمل الدنيا وقوله لا يرتشى المراد الرشوة فى الحكم وهو حرام قال صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي فى النار ولما قيل لابن مسعود رضي الله عنه الرشوة فى الحكم سحت قال ذلك الكفر انما السحت ان ترشو من تحتاج اليه امام حاجتك وفى قوله ولا تقضي بين اثنين وأنت غضبان دليل على أن القاضي ينبغى أن لا يشتغل بالقضاء فى حال غضبه ولكنه يصبر حتى يسكن ما به فانه مأمور بان يقضى عند اعتدال حاله ولهذا ينهى عن القضاء اذا كان جائعا أو كظيظا من الطعام أو كان يدافع الاخبثين لانه ينعدم به اعتدال الحال فكذلك بالغضب ينعدم اعتدال الحال وربما يجري على لسانه فى غضبه ما لا ينبغى أن يسمع الناس ذلك منه وربما يتغير لونه على وجه لا ينبغى أن يراه الناس على تلك الصفة أو اذا ظهر به الغضب عجز صاحب الحق عن اظهار حقه بالحجة خوفا منه ولهذا قلنا يقوم أو ينحى الناس عن قربه حتى يسكن مابه وهذا اذا كان يعتريه ذلك فى بعض الاوقات فان كان ذلك من عادته وذلك نوع من الحدة التى قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم انها تعترى خيار أمتى فلا يكف عند ذلك عن القضاء لانه يلتبس به عقله ويشتبه عليه وجه القضاء بخلاف مايعتريه من الغضب فى بعض الاوقات وعن عمر رضى الله عنه أنه دعا قاضيا كان بالشام حديث السن فقال له بم تقضى قال أقضي بما في كتاب الله تعالى قال فاذا لم تجد فى كتاب الله تعالى قال أقضى بما قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وفيه دليل علي أنه يجوز أن يقلد القضاء من هو حديث السن اذا كان عالما فقد كان عمر رضى الله عنه أكثر الناس نظرا فى ذلك ثم قلده مع حداثة سنه وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة قاضيا وأميرا وكان حديث السن ويحكى أن المأمون قلد يحيي بن اكثم قضاء البصرة وكان ابن ثمان عشرة سنة فطعن بعض الناس في ذلك لحداثة سنه فكتب اليه المأمون كم سن القاضى فكتب فى جوابه أنا على سن عتاب بن أسيد حين ولاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان عمر رضى الله عنه بلغه مثل هذا الطعن فى مثل هذا القاضى لحداثة سنه فامتحنه بالعلم فقال بم تقضى قال أقضى بما فى كتاب الله تعالى وأصاب فى ذلك لان كتاب الله تعالى امام

المتقين انزل للعمل به قال فاذا لم تجد فى كتاب الله قال أقضى بما قضي به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصاب فى ذلك أيضا قلنا فى رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة وقد أمرنا باتباعه والاقتداء به قال فاذا لم تجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أقضى بما قضي به أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وقد أصاب فى ذلك أيضا فقد أمرنا بالاقتداء بهما بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدى أبى بكر وعمر رضي الله عنهما وقال النبي صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتى وسنة خلفاء الراشدين من بعدى عضوا عليها بالنواجذ قال فاذا لم تجد ذلك فى قضائهم قال اجتهد رأيي وأصاب فى ذلك فالقاضي مأمور بأن يجتهد رأيه فيما لا نص فيه وهو دليلنا على جواز العمل بالقياس فيما لا نص فيه فاجتهاد الرأى هو القياس يرد حكم الحادثة الى أشباهها مما هو منصوص واذا جاز اجتهاد الرأى فى باب القبلة عند الاشتباه وانقطاع الادلة وفى المعاملات من الحروب وغير ذلك فكذلك في القضاء فلما أصاب فى جميع ما أجاب قال له عمر رضى الله عنه أنت قاضيها أي أنى لا أعزلك عن القضاء ما دمت علي هذه الطريقة وفيه دليل أن الامام اذا علم من حال من قلده انه صالح لذلك ينبغى أن يقرره على العمل ولا يعزله بطعن بعض المتعنتين ما لم يتبين له شئ مما لا يحمد من السيرة منه وعن أبى مسعود رضي الله عنه قال لقد أتي علينا زمان لسنا نسأل ولسنا هنالك ثم قضى الله تعالى ان بلغنا من الامر ماترون قيل هذا اشارة منه الى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كان الوحى ينزل وكان عليه الصلاة والسلام يبين لهم فكانوا لايحتاجون فيه الى ابن مسعود رضى الله عنه وغيره وقيل بل مراده الاشارة الى زمن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم متوافرين فى ذلك الوقت وما كان يحتاج الى ابن مسعود رضى الله عنه وقيل هذا منه اشارة الى حال صغره وجهله وانما قصد بهذا التحدث بنعمة الله تعالى حيث رفعه من تلك الدرجة الى مابلغه اليه لانه قال هذا حين كان بالكوفة وله أربعة آلاف تلميذ يتعلمون بين يديه حتى روى أنه لما قدم على رضى الله عنه الكوفة وخرج اليه ابن مسعود رضى الله عنه مع أصحابه حتى سدوا الافق فلما رآهم على رضى الله عنه قال ملأت هذه القرية علما وفقها قال فمن ابتلى منكم بقضاء فليقض بما فى كتاب الله تعالى وفى هذا اشارة الى ان التحرز عن تقلد القضاء أولى فقد عده ابن مسعود رضى الله عنه من البلوى بقوله فمن ابتلى منكم وهو اختيار أبى حنيفة رحمه الله فانه تحرز

عن تقلد القضاء بعد ماحبس وضرب لاجله مرارا حتى قال بعض أصحابه رحمهم الله لو تقلدت نفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب وقال لو أمرت أن أقطع البحر سباحة اكنت أقدر على ذلك وكانى بك قاضيا ومن اختار تقلد القضاء قال هذا اللفظ من البلاء الذى هو نعمة قال الله تعالى وليبلى المؤمنين منه بلاءً حسنا وانما أراد من أنعم الله تعالى عليه بهذه الدرجة فليقض بما فى كتاب الله تعالى وبذلك كان يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول انى تارك فيكم الثقلين كتاب الله تعالى وعترتى وقيل أهل بيته الاقربون والابعدون فان تمسكتم بهما لم تضلوا قال فان لم يجد ذلك فى كتاب الله تعالى فليقض بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وبذلك كان يأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لابى رواحة رضى الله عنه فى حادثة أما كان لك فىّ أسوة فقال أنت تسعى في رقبة قد فكت وأنا أسعى فى رقبة لم يعرف فكا كها فقال صلى الله عليه وسلم انى لا أرجو أن أكون أخشا كم لله قال فان لم يجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضى الصالحون يعنى أبى بكر وعمر رضى الله عنهما كما جاء في الحديث اذا ذكر الصالحون فحيهلا بعمر قال فان لم يجد فليجتهد رأيه ولا يقولن انى أرى وانى أخاف وفيه دليل على أن للقاضى أن يجتهد فيما لا نص فيه وانه لا ينبغى أن لا يدع الاجتهاد فى موضعه لخوف الخطأ فان ترك الاجتهاد فى موضعه بمنزلة الاجتهاد فى غير موضعه فكما لا ينبغى له أن يشتغل بالاجتهاد مع النص لا ينبغى له أن يدع الاجتهاد فيما لا نص فيه ثم بين طريق الحق فى ذلك بقوله فان الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه الحسن رحمه الله وفيه بيان أن المجتهد اذا لم يترك الاحتياط فى موضع الريبة فهو مؤدى لما كلف أصاب المطلوب باجتهاده أو أخطاء وهو ما نقل عن أبى حنيفة رحمه الله كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد أى مصيب فى طريق الاجتهاد ابتداء وقد يخطى انتهاء فيما هو المطلوب بالاجتهاد ولكنه معذور في ذلك لما أتى بما فى وسعه وذكر عن معاذ بن جبل رضى الله عنه قال قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين بعثنى الى اليمن بم تقضي يامعاذ قلت بما فى كتاب الله تعالى قال عليه الصلاة والسلام فان لم تجد ذلك فى كتاب الله تعالى قلت أقضى بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلى الله عليه وسلم فان لم تجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت أجتهد رأيى فقال صلوات الله عليه وسلامه

الحمد لله الذي وفق رسول رسوله وفيه دليل على أن الامام اذا أراد أن يقلد الانسان القضاء ينبغي له أن يجربه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فعل ذلك بمعاذ رضي الله عنه مع انه كان معصوما فغيره بذلك أولى فكان هذا منه على وجه التعليم لامته ثم حمد الله تعالى حين ظهر من التجربة كما تفرس فيه وهكذا ينبغي للامام اذا بلغه عن عامل له ما يرضى به ان يعد ذلك نعمة من نعم الله تعالى عليه فليقابلها بالشكر وفيه دليل جواز اجتهاد الرأى والعمل بالقياس فيما لا نص فيه من العلماء رحمهم الله من يقول جواز العمل بالقياس والاجتهاد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وما كان يجوز ذلك في حياته لان الوحي كان ينزل وهو كان يبين لهم ما كانوا يحتاجون الى الاستنباط في ذلك الوقت والحكم يثبت بالنص مقطوعا به فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة والصحيح عندنا ان كان ذلك جائزا لهم في حياته صلى الله عليه وسلم كما بعده وحديث معاذ رضى الله عنه يدل عليه فان لم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله بين يديه اجتهد رأيي ولما قال لعمرو بن العاص رضى الله عنه أقض بين هذين قال أقضي وأنت حاضر أوجالس قال صلى الله عليه وسلم نعم قال على ماذا إقضى قال صلى الله عليه وسلم على أنك إن اجتهدت فاصبت فلك أجران وان اخطأت فلك أجر واحد فقد جوز له صلى الله عليه وسلم الاجتهاد بحضرته وقد كان يشاورهم (ألا ترى) أنه شاورهم في أساري بدر وأشار أبو بكر رضى الله عنه بالفداء وأخذ به رسول الله صلى الله عليه وسلم وشاور السعدين رضى الله عنهما يوم الاحزاب في صلح بنى فزارة على بعض ثمار المدينة وأخذ بما أشارا به ولما أشار اليه أسيد بن خطير في النزول عند الماء يوم بدر أخذ برأيه في ذلك وكان صوابا وينبنى على هذا الفصل الاختلاف بين العلماء رحمهم الله في أنه صلى الله عليه وسلم هل كان يجتهد فيما لم يوح اليه فيه فمنهم من يقول كان ينتظر الوحي وما كان يفصل بالاجتهاد والصحيح عندنا أنه صلى الله عليه وسلم كان يجتهد وما كان يقر على الخطأ بيانه أنه لما شاور أبا بكر وعمر رضى الله عنهما في حادثة قال صلى الله عليه وسلم قولا فاني فيما لم يوح الى مثلكما وقال صلى الله عليه وسلم للخثعمية أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت تقضيه فقالت نعم قال صلى الله عليه وسلم فدين الله أحق وهذا قول بالاجتهاد وقال عليه السلام لعمر رضى الله عنه في القبلة أرأيت لو تمضمضت بماء ثم مججته أكان يضرك وقال صلى الله عليه وسلم في بيان حرمة الصدقة على بنى هاشم أرأيت لو تمضمضت بماء أكنت شاربه فهذا ونحوه دليل أنه كان يقضي باجتهاده وما كان يقر على الخطأ فقضاؤه يكون

شريعة والخطأ لا يجوز أن يكون أصل الشريعـة فعرفنا أنه ما كان يقر على الخطأ وبيان ذلك في قوله تعالى عفى الله عنك لم أذنت لهم الآية وعن عمر بن عبد العزيز رحمه الله قال اذا كان في القاضي خمس خصال فقد كمل وان كان فيه أربع ولم يكن فيه واحدة ففيه وصمة وان كان فيه ثلاث ولم يكن فيه اثنين ففيه وصمتان وهذا عبارة عن النقصان والوصم كسر يسير وفوقه القصم ونظيره القنص بالانامـل وفوقه القبض باليد وفوقه الأخـذ وهو التناول قال فقال قائل ماهي ياأمير المؤمنـين قال علم بما كان قبـله وهو اشارة الي ما بينا في حق المجتهد قال ونزهـة عن الطمع وهو مأخوذ من النزاهـة فمن يتحرز عن شيء يقال هو يتنزه عن كذا والاظهر وتزهد عن الطمع من الزهادة فكل الفتنة للقاضي في طمعه فيما في أيدى الناس ولما امتحن عليا رضى الله عنـه قاضيا قال له بم صـلاح هـذا الأمر قال بالورع قال فبما فساده قال بالطمع قال حـق لك أن تقضى فينبغى للقاضى أن يكون منزها عن الطمع ليأمن الفتنة ويخلص عمله لله تعالى قال وحكم عن الخصم يعنى ان يحكم في بعض مايسمع من الخصوم مع قدرته على منعه وهو معنى قول عمر رضى الله عنـه لا يصلح لهذا الامر الا اللين من غـير ضعف القوى من غـير عنف قال واستخفاف باللائمة معناه لا ينبغى للقاضى فيما يفصل من القضاء أن يخاف اللائمة من الناس فانه اذا خاف ذلك يتعذر عليـه القضاء بالحق والى ذلك أشار الله تعالى في قوله ولا يخافون لوم لائم وهذا لانه لا بد أن ينصرف أحد الخصمين من مجلسه شاكيا يلوم القاضى مع أصـدقائه علي ما كان منه واليه أشار شريح رحمـه الله حيث قيـل له كيف أصبحت قال أصبحت وشطر الناس على غضبان فاذا تفكر القاضي واشتغل بالتحرز عن اللائمة يتعذر عليه فصل القضاء قال ومشاورة أولى الرأى وفيه دليل علي ان القاضي وان كان عالمـا فينبغي له أن لا يدع مشاورة العلماء وقد كان رسول الله صلي الله عليه وسلم اكثر الناس مشاورة لاصحابه رضى الله عنهم يستشيرهم حتي في قوت أهله وإدامهم قال صلى الله عليه وسلم المشورة تلقح العقـول وقال صلى الله عليه وسلم ما هلك قوم عن مشورة قط وكان عمر رضى الله عنه يستشير الصحابة رضوان الله عليهم مع فقهه حتى كان اذا رفعت اليه حادثة قال ادعوا الي عليا وادعوا الى زيد بن أبي كعب رضي الله عنهم فكان يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه فعرفنا أنه لا ينبغى للقاضى أن لا يدع المشاورة وان كان فقيها ولكن في غير مجلس القضاء على ما بينا ان الاشتغال بالمشورة في مجلس القضاء ربمـا يحول بينه وبين

فصل القضاء ويكون سببا لازدراء بعض الجهال به وعن مسروق قال لان أقضي يوما بالحق أحب الى من ان أرابط سنة فان مسروقا ممن يقدم تقلد القضاء على الامتناع عنه وقد كان السلف رحمهم الله فى ذلك مختلفين وابتلي مسروق بالقضاء ومن دخل فى شئ فانما يروي محاسن ذلك الشئ وقد بينا طريق أبى حنيفة رحمه الله في ايثار التحرز عن تقلد القضاء وانما قال مسروق ان القضاء يوما بالحق أحب الى من أن أرابط سنة لما فى اظهار الحق من المنفعة للناس ودفع الظلم عن المظلوم واتصال الحق الى المستحق ومنع الظالم عن الظلم واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله عدل ساعة خير من عبادة سنة وقال صلى الله عليه وسلم لان يقام حد فى أرض خير من أن تمطر السماء فيها أربعين صباحا وعن علي رضى الله عنه قال القضاة ثلاثة فاثنان فى النار وواحد في الجنة فأما الذان فى النار فرجل علم علما فقضى بخلافه ورجل جاهل يقضي بغير علم وأما الآخر أتاه الله علما فقضي به فذلك فى الجنة ولا شبهة فى حق من قضى بخلاف ما علم فانه أقدم على النار عن بصيرة وكتم ما علم من الحق فكان فعله كفعل رؤساء اليهود وفيه نزل قوله تعالى عز وجل ان الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات وقال الله تعالى وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وأما الجاهل فما كان ينبغي له أن يتقلد القضاء ويلتزم اداء هذه الامانة لانه لايقدر على ادائها الا بالعلم ففى التزام ما لا يقدر على القيام به ظلم نفسه وبعد التقلد لاضرورة له الى القضاء بغير علم لتمكنه من أن يتعلم أو يسأل العلماء ويقضى بفتواتهم فلهذا جعله فى النار حين قضى بغير علم والذى قضى بعلمه أظهر الحق بحكمه وأنصف المظلوم من خصمه فهو فى الجنة ومثل هذا لا يعرف الا بالرأى فانما يحمل على أن عليا رضى الله عنه كان سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنهم فيما يسمعون ربما يرفعون وربما يرسلون وعن أبى مسعود رضى الله عنه قال يجاء بالقاضى يوم القيامة وملك أخذ بقفاه ثم يلتفت فاذا أقبل أدفعه دفعة فى مهواة أربعين خريفا وأهل الحديث يروون هذا الحديث يجاء بالقاضى العدل يوم القيام ليعلم أن حال من يعدل اذا كان بهذه الصفة فما ظنك فى حال من يجور فى قوله وملك آخذ بقفاه اشارة الى مايلقى من الذل يوم القيامة وان كان عادلا فى قضائه فى الدنيا فانما يفهم من الاخذ بالقفاء في عرف الناس الاستخفاف والذل وقيل فى تأويله أنه وان كان عادلا فقد نال بعض الوجاهة فى الدنيا بسبب تقلد القضاء فلهذا له في الآخرة لما نال من الجاه فى الدنيا بطريق هو طريق العمل للآخرة ومعناه قوله أدفعه فى مهواة أربعين خريفا أى

دفعه على وجهه في النار كما قال الله تعالى يوم يسحبون في النار على وجوههم وكان المراد من هذا أن من نافق وأظهر مايعلم الله منه خلافه فقد كان قصده من ذلك حفظ ماءوجهه يلقى في النار على وجهه ولا يستقر الا في قعر جهنم هو المراد من قوله في مهواة أربعين خريفا وهذا بيان في قوله تعالى ان المنافقين في الدرك الاسفل من النار قال وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من ابتلي أن يقضي بين اثنين فكانما يذبح نفسه بغير سكين والخصاف رحمه الله يروى هذا من ابتلى بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين وفيه بيان التحرز عن طلب القضاء والتحرز عن التقلد فكل عاقل ممتنع من أن يذبح نفسه بغير سكين فينبغي أن يكون تحرزه عن طلب القضاء بتلك الصفة فذكر المثل من النبي صلى الله عليه وسلم كان للتقريب من الفهم (قال) رحمه وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد أن يزدرى بهذا اللفظ كيلا يصيبه ماأصاب ذلك القاضي فقد حكى أن قاضيا روى له هذا الحديث فازدرى به وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فأصابه الموسى فالقى رأسه بين يديه قال ومن ابتلى أن يقضى بين اثنين فلينصفهما في الكلام والنظر ولا ينبغي له أن يرفع صوته على أحدهما ملا يرفع على الآخر وقد بينا فائدة هذا اللفظ وما يؤمر به للقاضي من التسوية وعن عامر أن أبي بن أبى كعب وعمر بن الخطاب رضى الله عنهما اختصما في شئ فحكما زيد ابن ثابت رضى الله عنه فأتياه في منزله قال زيد رضى الله عنه هلا أرسلت الى يا أمير المؤمنين قال عمر رضى الله عنه في بيته يؤتى الحكم وفي هذا بيان أنه كان يقع بينهم منازعة وخصومة ولا يظن كل واحد منهم سوى الجميل وانما كان يقع ذلك عند اشتباه حكم الحادثة عليهم ويتقدمون الى القاضي لطلب البيان لا للقصد الى التلبيس والانكار ولهذا كان القاضي يدعي مفتيا وفيه دليل جواز التحكيم فقد حكما زيدا ابن ثابت رضى الله عنه وانما حكماه لفقهه فقد كان مقداما معروفا فيهم بذلك حتى روى أن ابن عباس رضى الله عنهما كان يختلف اليه وأخذ بركابه لما أراد أن يركب وقال هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا فقبل زيد رضى الله عنه يده وقال هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا وفيه دليل على أن الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه فعمر رضى الله عنه في خصومة حكم زيد ابن ثابت رضى الله عنه وفيه دليل على أن من احتاج الى العلم ينبغي له أن يأتى العالم في منزله وان كان وجيها في الناس ولا يدعوه الى نفسه فان وجاهته بسبب الدين فيبقى ذلك له اذا عظم الدين والذهاب

الى منزل العالم عند الحاجة الى علمه من تعظيم الدين ولما استعظم ذلك زيد رضى الله عنه قال هلا أرسلت الى ياأمير المؤمنين قال فى بيته يؤتى الحكم وتأويل استعظام زيد رضى الله عنه أنه خاف فتنة علي نفسه بسبب الوجاهة حين أتاه عمر رضى الله عنه فى منزله وظن أنه أتاه زائرا وما أتاه محكما له راغبا فى علمه فلهذا استعظم ذلك (ألا ترى) ان عمر رضى الله عنه بين له انه أتاه للتحكيم فقال فى بيته يؤتى الحكم وأتى زيد لعمر رضى الله عنهما بوسادة وكان هذا منه امتثالا لما ندب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله اذا أتاكم كريم قوم فاكرموه وقد بسط رسول الله صلى الله عليه لعدى بن حاتم رداءه حتى أتاه ولكن عمر رضى الله عنه لم يستحسن ذلك منه فى هذا الوقت فقال هذا أول جورك وفيه دليل وجوب التسوية بين الخصمين في كل ما يتمكن القاضي منه وما كان ذلك يخفى علي زيد رضى الله عنه ولكن وقع عنده ان الحكم فى هذا ليس كالقاضى وان الخليفة فى هذا ليس كغيره فبين له عمر رضى الله عنه ان الحكم فى حق الخصمين كالقاضى (قال) وكانت اليمين على عمر رضى الله عنه فقال لابى ابن كعب رضى الله عنه لو أعفيت امير المؤمنين من اليمين فقال عمر رضى الله عنه لا ولكن احلف فترك له ابى رضي الله عنه ذلك واهل الحديث يروون ان عمر رضى الله عنه قال لزيد رضى الله عنه وهذا ايضا يبين ان على الحكم أن يتحرز عن الميل الى احد الخصمين صريحا ودلالة وان مجلس الشفاعة غير مجلس الحكومة ثم فيه دليل على انه لا بأس للمرء ان يحلف اذا كان صادقا فقد رغب عمر رضى الله عنه فى ذلك مع صلابته فى الدين وان تحرز عن ذلك فهو واسع له ايضا كما روى ان عثمان رضي الله عنه امتنع عن ذلك وقال أخشى أن يوافق قدر يمينى فيقال اصبت بذلك ففيه دليل ان اليمين حق المدعي قبل المدعي عليه يستوفى بطلبه ويترك اذا ترك (ألا ترى) أن أبيا رضي الله عنه ترك له ذلك وبيان هذا فيما قاله رسول الله صلي الله عليه وسلم للمدعى ألك بينة فقال لا فقال صلي الله عليه وسلم ألك يمين وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال لا حسد الا فى اثنين رجل أتاه الله مالا فهو ينفقه فى طاعة الله ورجل أتاه الله علما فهو يعلمه ويقضى به ومعناه الحسد يضر الا في الاثنين فيكون فى ذلك بيان ان الحسد مذموم يضر الحاسد الا فيما استثناه فهو محمود في ذلك وهذا ليس بحسد فى الحقيقة بل هو غبطة والغبطة محمودة فمعنى الحسد هو ان يتمنى الحاسد ان تذهب نعمة المحسود عنه ويتكلف لذلك ومعنى الغبطة ان يتمنى لنفسه مثل ذلك من غير ان يتكلف ويتمنى ذهاب ذلك عنه وهذا فى أمر الدنيا غير مذموم ففى أمر الدين

أولى أن يكون محمودا والذي ينفق ماله في طاعة الله تعالى يكتسب الآخرة بدنياه والذي يعلم ويقضي به بالحق يكتسب المحمدة في الدنيا والثواب في الآخرة فمن يتمنى لنفسه مثل ذلك يكون محمودا على هذا المعنى فاما الحسد المذموم فهو ماقيل الحاسد جاحد لقضاء الواحد فهو أن يتكلف لذهاب ذلك عنه ويعتقد ان تلك نعمة في غير موضعها واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لاينجو أحدكم من الحسد والظن والطيرة قيل وما المخلص من ذلك فقال صلى الله عليه وسلم اذا حسدت فلا تبغ أي لا تتكلف لازالة النعمة عن المنعم عليه واذا ظننت فلا تحقق واذا نظرت فلا ترجع وعن سوار بن سعيد قال شهدت أنا ورجل عند شريح رحمه الله بشهادة فعيه صاحبي عن حجته أي عجز عن اظهار حجة وغفل عن ذلك فقلت له أتفسد شهادتي ان أعربت عنه فقال لا فاعربت عنه فقضي له وانما قال هذا لان من يكون خصما في حادثة لاتقبل شهادته في تلك الحادثة فخاف إن أظهر حجته صاحبه أن يجعله خصما ويفسد شهادته فبين له شريح رحمه الله انه لايصير خصما بهذا القدر اذا لم يوكله صاحبه به بل هو متبرع بما يظهر من حجة صاحبه وليس فيه أكثر من أن يبين المدعى وما حضر مجلس القاضي الالتبين المدعى وتوصله الى حقه فلا يفسد به شهادته وعن سوار قال اختصم قوم عند شريح رحمه الله فذكرت له ذلك فقال ماأراه فهم وسأذكر ذلك له الليلة فذكر ذلك له فقال مافهمت فرهم أن يرجعوا لي فرجعوا اليه فقضي لهم وفيه دليل على انه ينبغي لمن وقف على خطأ القاضي في قضائه أن ينبهه ولا يجاهره بذلك مراعاة لحشمته ولكنه يأمر أقرب الناس منه ليخبره بذلك في حال خلوته وفيه دليل ان القاضي اذا تبين له خطأ في قضائه ينبغي له أن يظهر رجوعه عن ذلك ولا يمنعه الاستيحاء عن الناس من ذلك ولا الخوف فالله تعالى يحفظه من الناس والناس لايحفظونه من عذاب الله تعالى وعن مكحول قال لان أكون قاضيا أحب الى من أن أكون خازنا يعني أن خازن بيت المال عامل للمسلمين والقاضي كذلك الا ان الخازن يحفظ على المسلمين مالهم والقاضي يحفظ عليهم دينهم وتمكن الخازن من المال خوف الفتنة على نفسه بسببه أكثر من تمكن القاضي فلهذا آثر القضاء وقد بينا ان المتقدمين فيه من كان يؤثر تقلب القضاء على الامتناع منه وعن شريح رحمه الله قال ماشددت على لهواة خصم أي مامنعته من اظهار حجته وماقويت أحد الخصمين على الآخر بتلقين شئ قط ولهذا بقي في القضاء مدة طويلة وعن علي رضي الله عنه أنه أضاف رجلا فلما مكث اياما

قرب اليه فى خصومة فقال له علي رضى الله عنه أخصم أنت فقال نعم فقال علي رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه وفيه دليل أنه لا بأس للامام أن يخص بعض الناس بالضيافة اذا لم يكن له خصومة وانه لا ينبغي له أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر لان ذلك يكسر قلب الخصم الآخر ويلحق به تهمة الميل ولا بأس بأن يضيفهما جميعا لان تهمة الميل تنتفى عنه اذا سوى بينهما وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن العاص رضى الله عنه اقض بين هذين قال أأقضى وأنت حاضر أو جالس قال صلوات الله عليه وسلامه نعم قال على ماذا أقضى قال سلام الله عليه على انك ان اجتهدت فاصبت فلك عشر حسنات وان أخطأت فلك حسنة وفيه دليل لاهل السنة رحمهم الله المجتهد يصيب ويخطئ وعليه دل قوله تعالى ففهمناها سليمان والفهم هو اصابة الحق فقد خصه بذلك ففيه دليل على انه معذور وان أخطأ وهذا اذا لم يكن طريق الاصابة بينا وهو مثاب على اجتهاده فان أصاب المطلوب بالاجتهاد فله ثواب الاجتهاد وثواب اظهار الحق بجهده وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم فلك عشر حسنات وان أخطأ فله حسنة على اجتهاده اذا كان مصيبا في طريق الاجتهاد وان لم يصب المطلوب بالاجتهاد وعن عمران بن حصين رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى مع القاضى مالم يخف عملا يشدده للحق مالم يرد غيره وهذا فى كل عامل يبتغى بعمله وجه الله تعالى فالله تعالى يعينه على ذلك ويوفقه قال الله تعالى والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وقال صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة رضى الله عنه لا تسأل الامارة فانك ان تعطيها عن مسئلة وكلت اليها وإن أعطيتها عن غير مسئلة أعنت عليها ثم هذا الوعد للقاضى مالم يظلم عمدا فالحيف هو الظلم فاذا اشتغل به كله الله الي نفسه وكذلك اذا أراد بعمله غير الله تعالى قال صلى الله عليه وسلم فيما يأثر عن الله عزوجل أنا أغنى الشركاء عن الشركة فمن عمل لى عملا وأشرك فيه غيرى فهو كل لذلك الشريك وانا منه برئ قال وينبغي للقاضى أن ينصف الخصمين فى مجلسهما وفى النظر اليهما وفي المنطق أي يسوى بينهما فالانصاف عبارة عن التسوية مأخوذ من المناصفة ففى كل ما يتمكن من مراعاة التسوية فيه فعليه ان يسوى بينهما في ذلك الامالا يكون فى وسعه الامتناع منه من الميل فعليه أن يظهر حجة أحدهما فهو غير مأخذ بذلك لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يستوى فى القسم بين نسائه ثم يقول اللهم هذا فى

أمامالك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني من الميل بالقلب الى عائشة رضى الله عنها ولا ينبغي أن يرفع صوته على أحدهما مالا يرفعه على الآخر لان التسوية بينهما في ذلك ممكنة وتخصيص أحدهما برفع الصوت عليه تجر تهمة اليه وهو مكسر القلب من يرفع صوته عليه ولا ينطلق بوجهه الى أحدهما في شئ من المنطق ما لا يفعله بالآخر لانه يزداد به قوة وجراءة على الخصم ويطمع أن يميل بالرشوة اليه ولا ينبغي له أن يشد على عضد أحدهما ولا يلقنه حجته فان ذلك نوع من الخصومة وبين كونه قاضيا وخصما منافاة وهو مكسر لقلب الخصم وسبب لجر تهمة الميل اليه وهو انشاء الخصومة وانما جلس لفصل الخصومة لالانشائها وينبغي له أن لا يشتري شيئا ولا يبتع في مجلس القضاء لنفسه لانه جلس للقضاء فلا يخلط به ماليس من القضاء ومعاملته لنفسه في شئ ولان الانسان فيما يبيع ويشتري مما كس عادة وذلك يذهب حشمة مجلس القضاء ويضع من جاهه بين الناس وفي قوله لنفسه اشارة الى أنه لا بأس بأن يفعل ذلك في مجلس القضاء ليتيم أو ميت مديون فان ذلك من عمل القضاة وانما جلس لاجله ومباشرة ذلك في مجلس القضاء يكون أبعد عن التهمة منه اذا باشره في غير مجلس القضاء ولا بأس بأن يبيع ويشتري لنفسه في غير مجلس القضاء عندنا ومن العلماء رحمهم الله من كره ذلك للقاضي ويروون في ذلك حديثا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع القاضي ولا يبتاع ولان العادة أن الناس يسامحون في المعاملة مع القضاء بين أيديهم خوفا منهم أو طمعا فيهم فيكون من هذا الوجه في معنى من يأكل بدينه والمقصود يحصل اذا فوض ذلك الى غيره ليباشر على وجه لا يعلم أنه يباشر ولكنا نقول نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى سراويل بدرهمين الحديث فقد باشر رسول الله صلى الله عليه وسلم الشراء لنفسه وكان رؤساء القضاء والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم كانوا يباشرون ذلك بأنفسهم حتى ان أبا بكر رضى الله عنه بعد ما استخلف حمل متاعا من متاع أهله الى السوق ليبيعه ولانه بعد تقلد القضاء يحتاج لنفسه وعياله الى ماكان محتاجا اليه قبل التقلد وبأن تقلد هذه الامانة لا يمتنع عليه معنى النظر لنفسه والقيام بمصالح عياله وتهمة المساحة موهومة أو هو نادر فلا يمتنع عليه التصرف لاجله ولان ذلك اذا لم تكن مباشرة هذا التصرف من عادة القاضي في كل وقت فأما اذا كان ذلك من عادته فقلما يسامح في ذلك فوق مايسامح به غيره وتأويل النهي ان صح في مجلس القضاء ولا يسار أحد الخصمين بشئ لان ذلك يجر اليه تهمة الميل وينكسر بسببه قلب الآخر

وبه ينتقص حشمة مجلس القضاء فلا ينبغى أن يشتغل به واذا تقدم اليه الخصمان فهو بالخيار ان شاء ابتدأهما فقال مالكما وان شاء تركهما حتى يبتدآه بالمنطق وبعض القضاة يختار السكوت ليكون الخصم هو الذى يبتدئ بالكلام لان القاضى اذا ابتدأهما كان ذلك منه تهيجا للخصومة وانما جلس لفصل الخصومة لا لتهيجها ولكنا نقول الرأى فى ذلك اليه فحشمة مجلس القضاء قد تمنعهما من الكلام مالم يبتدئ القاضى بالكلام فاذا كان بهذه الصفة كان له أن يبتدئ فيقول مالكما وما تقدم اليه الا بعد المنازعة والخصومة بينهما فلا يكون هذا اللفظ منه تهيجا للخصومة ولكن لا يكلمهم بشئ آخر سوى ما تقدم لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء ولهذا لا يسلمان عليه اذا تقدم بين يديه مع أن السلام سنة فان تكلم صاحب الدعوى أسكت الآخر واستمع من صاحب الدعوى حتى يفهم حجته لانه اذا تكلما معا لا يتمكن من أن يفهم كلام كل واحد منهما قال الله تعالى ما جعل الله لرجل من قلبين فى جوفه ولان تكلمهما معا نوع شغب وبه ينتقص حشمة مجلس القضاء قال ثم يأمره بالسكوت بعد ذلك ويستنطق الآخر وظاهر هذا اللفظ يدل على أنه يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعى ذلك واختيار بعض القضاء انه لا يفعل ذلك الا عند سؤال المدعى ولكنه اذا نظر فى دعواه فان لم تكن صحيحة يقول له قم فصحح دعواك لان بالدعوى الفاسدة لا يستحق الجواب وان صحت الدعوى قال أخبرتنى فماذا أصنع فان قال أريد جوابه فسأله عن ذلك حينئذ يستنطق الآخر والأصح عندنا انه يستنطق الآخر وان لم يلتمس المدعى ذلك لانه ما تقدم بين يديه وما أحضر خصمه إلا ملتمسا لذلك فلا يحتاج بعد ذلك الي التماس الآخر فان سأله فاقر بحقه أمره بالخروج من حقه وان أنكر قال للمدعى سمعت انكاره أوهو منكر فما تقول فاذا قال حلفه يطلب المدعى بعد ان سأله بينة ولا يسأله ذلك مالم يطلب يمينه لانه نوع تلقين ولا ينبغى للقاضى أن يلقن أحد الخصمين حجته ولكن اذا طلب يمينه فحينئذ جاء أوان الاستحلاف اذا لم يكن للمدعى بينة حاضرة فسأله عند ذلك ألك بينة ولا ينبغى للقاضي أن يقضي الاوهو مقبل على الحجج مفرغ نفسه لذلك لان القضاء أمر مهم فلا يتمكن من النظر فيه ومباشرته لما التزم ما لم يفرغ نفسه لذلك عن سائر الاشغال فاذا دخله هم أو غضب أو نعاس كف عن ذلك حتى يذهب ذلك لان اعتدال حاله زال بما دخله فالهم يغلب على القلب حتى لا يجد شيئا آخر معه فيه مساغا والغضب كذلك والنعاس كذلك فالناعس لا يفهم بعض ما يذكر عنده (ألا ترى) ان النبي صلى الله عليه

وسلم قال اذا نعس أحدكم في صلاته فليرقد فلا يدرى لعله يريد أن يدعو فيسب نفسه ثم يقبل على القضاء وهو متفرغ له مستمع غير معجل للخصوم عن حجتهم لان الاستعجال يضر بالخصم كما ان ترك النظر فيما يقيم من الحجة يضر به فكل واحد منهما من نوع الشر والاضرار وقد روينا ان القاضي لا يشار ولا يضار قال ولا يخوفهم فان الخوف مما يقطع حجة الرجل يعنى ان الخائف يعجز عن اظهار حجته وينبغي أن يكون القاضي مهيبا يحتشم منه ولكن لا ينبغى أن يكون مخيفا للناس يخافونه فان ذلك يمنعهم من اظهار الحق بالحجة والاصل في ذلك ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الفجر بمسجد الخيف فرأى رجلين لم يصليا معه فقال على بهما فأتى بهما وفرائصهما ترتعد فقال صلى الله عليه وسلم لا تخافا فانما أنا ابن امرأة من قريش كانت تأكل القديد الحديث فان (قيل) أليس انه ذكر في سيرة عمر رضى الله عنه ان الناس كانوا يهابونه حتى قيل لابن عباس رضى الله عنهما لم لم يذكر قولك في القول لعمر فقال كان رجلا مهيبا فهبته أو قال خفت درته (قلنا) هذا لا يكاد يصح فان عمر رضي الله عنه كان ألين من غيره في قبول الحق وكان يشاورهم وربما كان يقدم قول ابن عباس رضى الله عنهما في الأخذ عند الشورى على قول بعض الكبار من الصحابة رضوان الله عليهم ثم كون القاضى مهيبا غير مذموم عندنا وانما المذموم أن يتكلف لتخويف الخصوم اذا تقدموا بين يديه ولم ينقل ذلك عن عمر رضى الله عنه ولا عن غيره وان كان خيرا للقاضى أن يقعد عنده أهل الفقه فقعدوا عنده فربما يحتاج الى ان يستشيرهم وقد روينا ان عمر رضى الله عنه كان يفعل ذلك وربما يخفى عليه بعض ما يقف عليه غيره من اهل الفقه فينبهه عليه وربما يحتاج الى ان يشهدهم فيكون اهل الفقه والصلاح عنده من نوع الاحتياط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله ذلك عن شئ من أمور المسلمين جلس وحده لان طباع الناس في هذا تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقهاء مما يريده من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك والمقصود هو النظر للمسلمين فاذا كان هو ممن يدخله حصر بحضرة الفقهاء جلس وحده ولكن انما يتمكن من ذلك اذا كان معروفا بالفقه والعدالة فبالفقه يؤمن غلطه وبالعدالة يؤمن جوره ولا ينبغى للقاضى ان يتعب نفسه في طول الجلوس لان بذلك يزول اعتدال الحال وقد بينا أنه لا ينظر في الحجج الا عند اعتدال الحال قال فانى اخوف عليه ان يضر ذلك بنظره في الحجج والخصوم يعنى اذا أتعب نفسه ربما لا يفهم بعض كلام الخصوم وربما يضجر بسببه على بعض

الخصوم وهـذا أيضا فى المدرس كذلك واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله أن النفس تمل كما تمل الابدان فابتغوا لها طرائف الحكمة وان ابن عباس رضي الله عنهما كان اذا أمل من بيان أنواع العلم قال لاصحابه احمضوا أي خوضوا فى ديوان العرب فتذكر اشيئا من الملح قال ولكنه يقعد في طرفي النهار أو ما أطاق من ذلك لان عمل القضاء عبادة فالاولى أن يجلس له فى طرفى النهار قال الله تعالي وأقم الصلاة طرفى النهار ولان اعتدال حال المرء يكون في طرفي النهار عادة أو ماأطاق من ذلك لان الطاعة بحسب الطاقة ولكن لا ينبغى أن يتبكر للخصومة قبل طوع الشمس فقد كان شريح رحمه الله اذا ابتكروا قبل حضوره قال أتظلمون بالليل فعرفنا أن ذلك غير محمود للقاضى (قال) وينبغى للقاضى أن يقدم النساء على حدة والرجال على حدة لان الناس يزدحمون فى مجلسه وفى اختلاط النساء مع الرجال عند الزحمة من الفتنة والقبح مالا يخفى ولكن هذا فى خصومة يكون بين النساء فاما الخصومة التى تكون بين الرجال والنساء لا يجد بدا من أن يقدمهن مع الرجال وأن يجعل لكل فريق يوما على قدرمايرى من كثرة الخصوم فلا بأس بذلك لانه اذا تركهم يزدحمون على مابه وربما يقتتلون على ذلك وفيه من الفتنة ما لا يخفى فيجعل ذلك مناوبة بينهم بالايام ليعرف كل واحد يوم نوبته فيحضر عند ذلك والخصاف رحمه الله ذكر فى أدب القاضي أن الاولى أن يجعل ذلك على الرقاع فيجزئ الخصوم اجزاء ويكتب باسم كل فريق رقعة ثم يخرج الرقاع على الايام للسبت والأحد الى آخره وذلك حسن ولكن محمدا رحمه الله اختار فى الكتاب أن يقدم الناس على منازلهم الاول فالاول ولا يتبدئ بأحد جاء قبله غيره والي هذا أشار النبي صلي الله عليه وسلم فى قوله سبقك بها عكاشة وهذا لان الذى جاء أولا استحق النظر فى حجته ان لو كان القاضى جالسا عند ذلك فتأخر جلوس القاضى لا يغير استحقاقه ولا يبطل بحضور غيره فلهذا تقدمه عملا بقوله تعالي ويؤت كل ذى فضل فضله قال ويضع علي ذلك أمينا من قبله يقدمهم اليه لانه لا تمكن من يعرف ذلك بنفسه لكثرة أشغاله وفيما يعجل القاضى عن مباشرته يستعين بأمين من أمنائه وينبغى أن يبتكر ذلك الامين الى باب مجلس القاضى ليعلم منازل الناس في الحضور فلعلهم يكذبون فى ذلك أو أن يلبسون عليه وانما يجعل على ذلك أمينا لا يطمع ولا يرتشى فان ذلك من عمل القضاة فكما لا يطمع هو فيما يقضى فكذلك

ينبغي أن يكون أمينه قال رحمه الله وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول قد جرى الرسم في زماننا أن البواب على باب مجلس القضاء يأخذ من كل خصم قطعة ليمكنه من الدخول والقاضي يعلم ذلك ولا يمنعه منه وفيه فساد عظيم فليس لاحد أن يمنع أحدا من دخول المسجد ولا من أن يتقدم الى القاضي في حاجته فهو يرتشي ليكف ظلمه عنه ويمكنه مما هو مستحق له والقاضي يعلم ذلك ولا يمنع منه فهو بمنزلة ما لو علم أن أمينه يشرب الخمر أو يزني على بابه فلا يمنعه عن ذلك وان رأى أن يجعل الغرباء مع أهل المصر فعل وان رأى أن يبدأ بهم فلا يضره ذلك بعد أن تكون الغرباء غير كثير فان كثروا في كل يوم فشغلوه عن أهل المصر قدمهم على منازلهم مع الناس وقد بينا أن الغريب على جناح السفر فربما يضر التأخير به وقلبه مع أهله فاذا لم يقدمه القاضي ربما ترك حقه ورجع الى أهله وقد أمر بتعاهد الغريب تعظيما لحق غربة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلهذا كان له أن يقدم الغرباء ولكن بشرط أن لا يضر بأهل المصر ضررا فانهم جيرانه وانما يقلد القضاء لينظر في حوائجه فاذا كان تقديم الغرباء يضر بأهل المصر قدمهم على منازلهم عملا بقوله صلى الله عليه وسلم لاضرر ولا ضرار في الاسلام ولا بأس بان يشهد القاضي الجنازة ويعود المريض فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم بعده يفعلون ذلك ولان هذا من حق المسلم على المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر في الجملة أن يشيع جنازته ويعوده اذا مرض ولا يمتنع عليه القيام بحقوق الناس عليه بسبب تقلده القضاء ولا بأس بأن يجيب الدعوة الجامعة فذلك من السنة قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم قال ولا تجب الدعوة الخاصة الخمسة والعشرة في مكان لان ذلك يجر اليه تهمة الميل بأن يقول أحد الخصمين ان فلانا في دعوة فلان كلم القاضي وهو نائب عن خصمي وصانعه على رشوة ولان اجابة الدعوة الخاصة مما يطمع الناس به في القاضي فعليه أن يحترز عن ذلك وأصح ما قيل في الفرق بين الدعوة الجامعة والخاصة أن كل ما يمتنع صاحب الدعوة من ايجاده اذا علم أن القاضي لايجيبه فهو الدعوة الخاصة وان كان لا يمتنع من ايجاده لذلك فهو الدعوة العامة لانه عند ذلك يعلم أن القاضي لم يكن مقصودا بتلك الدعوة وانما يمتنع من اجابة الدعوة الخاصة اذا لم يكن صاحب الدعوة ممن اعتاد ايجاد الدعوة له قبل أن يتقلد القضاء فان كان ذلك من عادته قبل هذا فلا بأس بأن يجيب دعوته واليه أشار في قوله ولا

ولا بأس بأن يجيب دعوة ذي القرابة لان هذا بين القرابات ليس من جوالب القضاء عادة ولا صدق فى ذلك كالاقارب اذا كان ذلك معروفا بينهم قبل تقلد القضاء ولا ينبغى له أن يضيف أحد الخصمين الا أن يكون خصمه معه لما روينا من نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك (قال) ولا يقبل الهدية وقبول الهدية فى الشرع مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم نعم الشئ الهدية اذا دخلت الباب ضحكت الاسكفة وقال صلى الله عليه وسلم الهدية تذهب وجر الصدر أو وعر الصدر وقال صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا ولكن هذا في حق لم يتعين لعمل من أعمال المسلمين فأما من تعين لذلك كالقضاة والولاة فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصا ممن كان لا يهدى اليه قبل ذلك لانه من جوالب القضاء وهو نوع من الرشوة والسحت والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل ابن اللتبية على الصدقات فجاء بمال فقال هذا لكم وهذا مما أهدى الىّ فقال صلى الله عليه وسلم فى خطبته مابال قوم نستعملهم فيقدموا بمال ويقولون هذا لكم وهذا مما أهدى الى فهلا جلس أحدكم عند حش أمه فينظر أيهدى اليه أم لا واستعمل عمر رضى الله عنه أبا هريرة رضى الله عنه فقدم بمال فقال من ابن لك هذا قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهداية قال أى عدو الله هلا قعدت فى بيتك فنظر أيهدي اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله فى بيت المال فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة ومن جملة الاكل بالقضاء ومما يدخل به عليه التهمة ويطمع فيه الناس فليتحرز من ذلك الا من ذى رحم محرم منه فقد كان التهادى بينهم قبل ذلك عادة ولانه من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفى الرد معنى قطيعة الرحم وقطيعة الرحم من الملاعن فأما فى حق الاجانب قبول القاضى الهدية من جملة مايقال اذا دخلت الهدية من الباب خرجت الامانة من الكوة ولا ينبغى له أن يخلو فى منزله مع أحد الخصمين كما لا يسار أحد الخصمين ولا بأس بأن يقضى فى منزله وحيث أحب لان عمل القضاء لا يختص بمكان ولانه فى كونه طاعة لايكون فوق الصلاة وقد قال صلى الله عليه وسلم جعلت لى الارض مسجدا وطهورا فاحسن ذلك وأحب الى أن يقضى حيث تقام جماعة الناس يعنى في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات لان ذلك يكون أبعد عن التهمة ولانه يتمكن كل واحد من أن يحضر مجلسه عند حاجته ولا يشتبه عليه موضعه ولا يحتاج الى من يهديه الى ذلك من الغرباء كان أو من أهل المصر ولا يقضي وهو يمشي ويسير على الدابة فانى أتخوف عليه من

ذلك الزلل لانه عند ذلك لا يكون معتدل الحال فيكون قلبه مشغولا بما هو فيه من المشي أو السير فلا يتفرغ بالنظر في الحجج ولانه نوع من الاستخفاف وهو مأمور بان يصون قضاء عن أسباب الاستخفاف ظاهرا وباطنا ولا بأس بأن يقضي وهو متكئ لان التكاء نوع جلسة كالتربع ونحوه وطباع الناس في الجلوس تختلف فمنهم من يكون التكاؤه أروح له واعتدال حاله عند ذلك أظهر والأصل فيه حديث أم سلمة رضي الله عنها في الرجلين الذين اختصما بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم الحديث الى أن قال وكان متكئا فاستوى جالسا فقد نظر في خصومتهما حين كان متكئا فعرفنا انه لا بأس بذلك وينبغي له أن يقضي بما في كتاب الله فان أتاه شئ لم يجده فيه قضى فيه بما أتاه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان لم يجده فيه نظر فيما أتاه عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم فقضي وقد بينا هذا فيما سبق والحاصل انه اذا صح له قول عن واحد من المعروفين من الصحابة رضي الله عنهم قضى به وقدمه على القياس لقوله صلى الله عليه وسلم أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم ولان فيما يبلغه عن الصحابي رضي الله عنه احتمال السماع فقد كانوا يسمعون من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يفتون به تارة ويرون أخرى وفيه أيضا احتمال ترجيح الاصابة في نفس الرأى فقد وقفوا لما لم يوقف غيرهم بعدهم فان كانوا اختلفوا فيه تخير مدة أقاويله أحسنها في نفسه وليس له أن يخالفهم جميعا ويبتدع شيئا من رأيه لانهم لو اجتمعوا على قول لم يجز لاحد أن يخالفهم فاذا اختلفوا على أقاويل محصورة فذلك اجماع منهم على أن الحق لا يعدو مما قالوا فلا يجوز لاحد أن يخالفهم ويبتدع شيئا من رأيه ولكنه يختار أحسن الاقاويل في نفسه لانهم لما اختلفوا ولم تجر المحاجة بينهم بالرواية فقد انقطع احتمال السماع وتعين القول بالرأى فتعارض أقاويلهم كتعارض الاقيسة وعند ذلك على القاضي أن يصير الى الترجيح ويعمل بما ظهر الرجحان فيه فكذلك عند اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم يصير الي الترجيح فان لم يبين له وجه الترجيح فله أن يعمل بأى الاقاويل شاء لان بالتعارض لا تنعدم الحجة في أقاويلهم فينبغي أن يعمل بأحسنها في نفسه ويكون ذلك عملا منه بالحجة فان لم يجده في ماجاءه عن أحد منهم اجتهد رأيه في ذلك وقاسه بما جاءه منه ثم قضي بالذى يجتمع رأيه عليه من ذلك ويرى أنه الحق لانه مأمور بفصل القضاء والتكليف بحسب الوسع والذى في وسعه اجتهاد الرأى عند انقطاع سائر الادلة عنه فيشتغل به اذ كان من أهله كمن اشتبه عليه القبلة عند انقطاع الادلة والأصل فيه قوله تعالى

عتبروا يا أولى الابصار والاعتبار رد الشئ الي نظيره فالعبرة هو البيان قال الله تعالي ان فا كنتم للرأيا تعبرون والبيان رد الشئ الى نظيره فان أشكل عليه شاور رهطا من أهل الفقه فيه وكذلك ان لم يكن من أهل الاجتهاد فعليه أن يشاور الفقهاء لانه يحتاج الى معرفة الحكم ليقضي به وقد عجز عن ادراكه بنفسه فليرجع الى من يعرف ذلك كما اذا احتاج معرفة قيمة شئ فان اختلفوا فيه نظر الى أحسن أقاويلهم وأشبهها بالحق فأخذ به كما بينا عند اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم الا ان هنا ان رأي خلاف رأيهم فان استحسن وأشبه الحق قضى بذلك لان اجماعهم لا ينعقد بدون رأيه وهو واحد منهم ولان رأيه أقوى في حقه من رأى غيره فلو قضى برأيه كان قاضيا بما هو الصواب عنده واذا قضى برأى غيره كان قاضيا بما عنده انه خطأ وقضاؤه بما عنده انه هو الصواب أولي وان لم يكن من أهل اجتهاد الرأي ليختار بعض الاقاويل نظر الى أفقههم عنده وأورعهم فقضى بفتواه فهذا اجتهاد مثله ولا يعجل بالحكم اذا لم يبين له الأمر حتى يتفكر فيه ويشاور أهل الفقه لانه مأمور بالقضاء بالحق ولا يستدرك ذلك إلا بالتأمل والمشورة وقال صلي الله عليه وسلم التأني من الله والعجلة من الشيطان والأصل في الباب حديث الشعبي رضى الله عنه قال كانت القضية ترفع الى عمر رضى الله عنه وربما يتأمل فى ذلك شهرا ويستشير أصحابه واليوم يفصل فى المجلس مابه قضية وحديث ابن مسعود رضى الله عنه فى المفوضة معروف فانه ردهم شهرا ثم قال أقول فيه برأيي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطا فمني ومن الشيطان الحديث فعرفنا انه ينبغى للقاضى أن يتأني ويشاور عند اشتباه الامر واذا قضى بقضاء ثم بداله أن يرجع عنه فان كان الذى قضى به خطأ لا يختلف فيه رده وأبطله يعنى اذا كان مخالفا لنص أو لاجماع فالقضاء بخلاف النص والاجماع باطل وهو جهل من القاضي وفى الحديث ردوا الجهالات الى السنة فان كان خطأ مما يختلف فيه أمضاه على حاله وقضي فيما يستقبل بالذى أدى اليه اجتهاده ويرى انه أفضل لان القضاء الاول حصل فى موضع الاجتهاد فنفذ ولزم علي وجه لا يجوز ابطاله والأصل فيه ماروى ان عمر رضي الله عنه كان يقضى فى حادثة بقضية ثم ترفع اليه تلك الحادثة فيقضي بخلافها فكان اذا قيل له في ذلك قال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى وقال الشعبى رحمه الله حفظت من عمر رضى الله عنه فى الحد سبعين قضية لا يشبه بعضها بعضا وبهذا يتبين ان الاجتهاد لا ينتقض باجتهاد مثله ولكنه فيما يستقبل يقضى بما أدى اليه اجتهاده وأصله فى التحرى للقبلة وذكر عن شريح

رحمه الله انه كان يقضي بالقضاء ثم يبدو له فيرجع عنه ولا يرجع فيما كان قضى به يعني في المجتهدات كان اذا تحول رأيه بنى فيما يستقبل على ما أدى اليه اجتهاده ولم ينقض ما كان قضى به وفيه دليل أن التابعي اذا أدرك من الصحابة رضي الله عنهم وسوغوا له الاجتهاد معهم فان رأيه يعارض رأيهم لان شريحا رحمه الله كان قاضيا في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما ثم كان يبنى القضاء على رأيه ولا يرجع اليهما فيما كان يبدو له وقد سوغوا له ذلك حتى كان عليا رضي الله عنه يقول له قل يا أيها العبد ألا تنظر وقد رجع ابن عباس رضي الله عنهما الى قول مسروق رحمه الله في مسئلة نحر الولد وعن عامر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء فينزل عليه القرآن بخلافه فيمضي ما قضى به ويستأنف القضاء وفي هذا دليل على أنه كان يقضي باجتهاده في مالم يوح اليه فيه وقد بينا انه كان لا يعجل بذلك ولكن كان ينتظر الوحي فاذا انقطع طمعه عن الوحي فيه قضى باجتهاده وصار ذلك شريعة ثم ينزل القرآن بخلافه بعد ذلك فيكون ناسخا له ونسخ السنة بالكتاب جائز عندنا ونظيره أمر القبلة فانه صلى الله عليه وسلم بعد ما قدم المدينة كان يصلي الى بيت المقدس ستة عشر شهرا ثم انتسخ ذلك بالأمر بالتوجه الى الكعبة وكان يستأنف القضاء بالناسخ ولا يبطل ما قضى به لان النسخ ينهي مدة الحكم ولا يبين أنه لم يكن حقا قبل نزول الناسخ واستدل بهذا الحديث على ما تقدم من المجتهدات فانه لا ينقض ما كان قضى به الا أنهما يفترقان من حيث أن الرأى لا ينسخ الرأى وعن أم سلمة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من مال أخيه بغير حق فانما أقضي له بقطعة من النار معنى قول اللحن أفطن وأقدر على البيان فاللحن في اللغة هو الفطنة وفيه دليل لمن يقول ان قضاء القاضي لا يحل ما كان حراما فيكون حجة لمحمد رحمه الله في مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ وأبو حنيفة رحمه الله يقول المراد الاملاك المرسلة والمراد بيان الوعيد لمن يدعي الباطل ويقيم عليه شهود الزور فالوعيد يلحقه بذلك عندنا وان كان الملك يثبت له بقضاء القاضي بسببه قال وأكره للقاضي أن يفتي للخصوم في القضاء كراهة أن تعلم الخصوم قوله فتحترز منه بالباطل لحديث شريح رحمه الله حين سأل عن مسئلة الحبس قال انما أقضي ولست أفتي وقد كره بعض الناس للقاضي أن يفتي في المعاملات أصلا وقالوا يفتي في العبادات وكره بعضهم أن يفتي في مجلس القضاء وقالوا لا بأس به في

غير مجلس القضاء لان كل واحد من الامرين مهم فاذا جمع بينهما في مجلس يخاف الخلل فيهما والاصح أنه لا بأس بان يفتي في المعاملات والعبادات في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفتي ويقضي والخلفاء رضي الله عنهم بعده كذلك وللقضاء فتوى في الحقيقة إلا أنه ملزم واما الذى يكره له أن يفتي للخصم فيما خاصم فيه اليه لما قيل ان الخصم اذا وقف على رأيه ربما اشتغل بالتلبيس للتحرز عن ذلك فلا يفتوى له في ذلك حتى تنقضي الخصومة وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال اختصم رجلان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحدهما عالم بالخصومة والآخر جاهل بها فلم يلبسه العالم أن قضى له رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام المقضى له وقعد المقضي عليه فقال يا رسول الله عليك السلام والله الذى لا اله غيره ان حقى لحق فقال صلى الله عليه وسلم علي بالرجل فأتى به فاخبره بالذى حلف عليه فقال يارسول الله ان شئت عاودته الخصومة فقال عليه الصلاة والسلام عاوده فعاوده فلم يلبسه أن قضى له فقام المقضى له وقعد المقضى عليه فقال والله الذي لااله الاهو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب بالحق ان حقى لحق يعلم ذلك نفسه فقال صلى الله عليه وسلم علي بالرجل فأتى به فاخبره فقال ان شئت عاودته فقال عليه السلام لا ولكن اعلم ان من اقتطع بخصومته وجد له حق امرئ مسلم فانما يقتطع قطعة من نار فقال الرجل ألحق حقه فكان النبي صلي الله عليه وسلم متكئا فجلس وقال من اقتطع بخصومته وجد له حق امرئ مسلم فليتبوأ مقعده من النار قال أبو هريرة رضى الله عنه فكانت هذه أشد من الأولى وفيه دليل على انه لا ينبغى للقاضى أن يكف عن القضاء مخافة تلبيس بعض الخصوم عليه فقد كانوا يفعلون ذلك عند من كان ينزل عليه الوحى وهو معصوم وفيه دليل أنه لا بأس للمرء أن يحلف مختارا فقد حلف الرجل مرتين من غير أن طلب ذلك منه ولم ينكر عليه رسول الله صلي الله عليه وسلم ذلك وفيه دليل على ان القاضي اذا ارتاب في شئ من قضائه ينبغى له أن يتثبت في ذلك ويحتاط (ألا ترى) أن النبي صلي الله عليه وسلم أمره بالمعاودة حين حلف المقضى عليه أن حقه حق وكان ذلك احتياطا منه وفيه دليل ان مال الغير لا يحل للغير بقضاء القاضي فقد ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم القطعتين في الوعيد الثانى أشد من الأول كما قاله أبو هريرة رضي الله عنه وهذا لان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه قال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة نفسه فكما أن من قصد قتل

المسلم بغير حق فجزاؤه ما قال الله تعالى فجزاؤه جهنم خالدا فيها فكذلك اذا قصد أخذ ماله
بالباطل والتلبيس (قال) وينبغي للقاضي أن لا يلقن الشاهد ولكن يدعه حتى يشهد بما عنده فان
كانت شهادته جائزة قبلها وان كانت غير جائزة ردها ولا يقول له اشهد بكذا فان هذا تلقين
وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله لا أرى بأسا أن يقول أتشهد
بكذا وكذا وانما قال هذا حين ابتلي بالقضاء فرأى ما بالشهود من الحبر عند أداء الشهادة بالحق
فان لمجلس القضاء هيبة وللقاضي حشمة ومن لم يعتاد التكلم في مثل هذا المجلس يتعذر عليه البيان
اذا لم يعينه القاضي على ذلك وأداء الشهادة بالحق من باب البر قال الله تعالى وتعاونوا على البر
والتقوى وأمرنا باكرام الشهود قال صلى الله عليه وسلم أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي بهم
الحقوق وهذا القدر من التلقين يرجع الى اكرامه بأن يذكر ما يسمع منه فيقول أتشهد بكذا
لما لم يسمع منه فهو التلقين المكروه وفي مذهبه نوع رخصة والعزيمة فيما ذهب اليه أبو حنيفة
ومحمد رحمهما الله لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وما يكون فيه اعانة
أحد الخصمين إما صورة أو معنى وتلقين الشاهد لا يخلو من ذلك وقد لم يجز له أن يلقن المدعى
مع أن الدعوى لا تكون ملزمة فلأن لا يجوز له أن يلقن الشاهد أولى ولان عادة بعض الناس
أن المحتشم اذا لقن أحدهم شيئا ترك ما كان قصد التكلم به وتكلم بما لقنه تعظيما له فلا يأمر
القاضي أن يفعل الشاهد مثل ذلك فيدع ما كان عنده من الشهادة ويتكلم بما لقنه القاضي والتلقين
تعليم والقاضي انما جلس لسماع الشهادة وفصل القضاء بالشهادة لا لتعليم الشاهد فلهذا أكره
له أن يلقنه ولا يضر القاضي أن يقدم الشهود جميعا أو واحدا واحدا لان الثابت بالنص اشتراط
العدد والعدالة في الشهود وبذلك يظهر جانب رجحان الصدق فالتفريق بينهم في المجلس يكون
زيادة والقاضي لا يتكلف لها الا أن يرتاب في أمرهم فعند ذلك عليه أن يحتاط لقوله صلى الله
عليه وسلم دع ما يريبك الى ما لا يريبك ومن الاحتياط أن يفرق بينهم الا أنه لا ينبغي له أن
يتعنت معهم فان التعنت يخلط على الرجل عقله وان كان صحيحا في شهادته ولان الشاهد أمين
فيما يؤدي من الشهادة ولم يظهر خيانته للقاضي فلا يتعنت معهم وقد أمرنا باكرامهم الا أنه اذا
اتهمهم وفرق بينهم فلا بأس أن يسأل كل واحد منهم أين كان هذا وكيف ومتى كان فهو من
باب الاحتياط ودفع الريبة لا من باب التعنت وان اختلفوا في ذلك اختلافا يفسد الشهادة
أبطلها وان كان لا يفسدها أجازها ولا يطرحها بالتهمة والظن فان الظن لا يغني من الحق شيئا

قال صلى الله عليه وسلم اذا ظنت فلا تحقق فالم يعلم منهم سواء أو يسمع منهم عند السؤال اختلافا مفسدا لشهادتهم لم يمنع من القضاء بالشهادة بمجرد الظن واذا لم يطعن الخصم فى الشاهد فلا ينبغى أن يسأل عنه في قول أبى حنيفة رحمه الله ولكنه يقضى بظاهر العدالة الا أن يطعن الخصم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يسأل عنهم وان لم يطعن الخصم وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يفتى فى القرن الثالث وقد شهد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصدق والخيرية بقوله صلى الله عليه وسلم خير الناس قرنى الحديث وكانت الغلبة للعدول فى ذلك الوقت فلهذا كان يكتفى بظاهر العدالة وهما أفتيا بعد ذلك فى القرن الذى شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهله بالكذب بقوله صلى الله عليه وسلم ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد وكانت الغلبة فى ذلك الوقت لغير العدول فقال لا بد للقاضى أن يسأل عن الشهود وحجتهما أن اشتراط العدالة فى الشاهد للقضاء بشهادته ثابت بالنص قال الله تعالى اثنان ذوى عدل منكم وقبل السؤال عنهما صفة العدالة محتملة فيهما والشرط لا يثبت بما هو محتمل * توضيحه ان على القاضى أن يصون نفسه عن القضاء بشهادة الفاسق فقد أمر بالتثبت فى خبر الفاسق فانما يسأل عن الشهود صيانة لقضائه فلا يتوقف على ذلك على طلب الخصم ولان كان ذلك لحق الخصم فليس لكل خصم يبصر حجته فربما يهاب الخصم الشهود فلا يجاهر بالطعن فيهم والقاضى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (ألا ترى) انا فى الحدود يسأل عن الشهود وان لم يطعن الخصم لهذا المعنى فكذلك فى الاموال وأبو حنيفة رحمه الله استدل بظاهر الحديث المسلمون عدول بعضهم على بعض فهذا من صاحب الشرع تعديل لكل مسلم فتعديل صاحب الشرع أقوى من تعديل المزكى ثم العدالة هى الاستقامة يقال للجادة طريق عدل وللبيان طريق عدل جائر وقد علم القاضى منهم الاستقامة واعتقد وذلك يحمله على الاستقامة فى التعاطى فعليه أن يتمسك به مالم يظهر خلافه فهذا دليل شرعي فوق خبر مزكى وانما يعتمد هذا الدليل اذا لم يطعن الخصم فأما بعد طعنه يقع التعارض لان الخصم مسلم ودينه يمنعه من أن يجازف بالطعن فيهم فللتعارض وجب على القاضى أن يسأل حتى يظهر المرجح لاحد الجانبين بخبر المزكى فأما فى الحدود يسأل وان لم يطعن الخصم احتيالا للدرء وقد أمر بدرء الحدود لان الحدود ان وقع فيها غلط لا يمكن تداركه وبظاهر العدالة لا تنتفى الشبهة فيما يندرئ بالشبهات لا يكتفى بذلك فأما المال مما يثبت مع

الشبهات واذا وقع الغلط فيه أمكنه التدارك فيكتفي بظاهر العدالة في ذلك مالم يطعن الخصم واذا سأل عن الشهود لم يقض بشهادتهم حتى تأتي مسألته مزكاة يعني ان المزكي ان كتب في جوابه أنهم عدول لا يكتفي بذلك فالعدل قد لا يكون من أهل الشهادة كالعبد عدل في روايته وكذلك ان كتب عدول أحرار فالمحدود في القذف بعد التوبة حر عدل وكذلك ان كتب أنه نفذ فقد يطلق هذا اللفظ على المستور الذي لا يعرف حاله فان كتب أنه مزكى فهو تنصيص على وجوب العمل بشهادته ولان القاضي انما طلب من المزكي التزكية فينبغي أن يجيبه الى ما طالب بلفظه كما أنه لما طلب من الشاهد أن يشهد فما لم يأت بلفظة الشهادة لا تقبل شهادته واذا اختصم الى القاضي قوم يتكلمون بغير العربية وهو لا يفقه لسانهم فانه ينبغي له أن يترجم عنهم له رجل مسلم ثقة واتخاذ الترجمان للحاجة قد كان عليه الناس في الجاهلية وبعد الاسلام ولما جاء سلمان رضى الله عنه الى النبي صلى الله عليه وسلم ليسلم ترجم يهودي كلامه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فخان في ذلك حتى نزل الوحي حديث فيه طول وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن ثابت رضى الله عنه أن يتعلم العبرانية وكان يترجم لرسول الله صلى الله عليه وسلم عمن كان يتكلم بين يديه بتلك اللغة ثم لا خلاف أنه يشترط في المترجم أن يكون عدلا مسلما لان نفس الخبر محتمل للصدق والكذب فانما يترجح جانب الصدق بالعدالة ويشترط الاسلام أيضا لان الكفار معادون للمسلمين فالظاهر أنهم يقصدون الجناية في مثل هذا قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا أي لا يقصرون في افساد أموركم فلهذا لا يقبل القاضي الترجمة الا من مسلم عدل والواحد لذلك يكفي والمثنى أحوط في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يشترط في المترجم لكلام الخصم أو لشهود الشاهدين ما يشترط في الشهادة من العدد وذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذلك الخلاف في التزكية عندهما تزكية الواحد يكفي والمثنى أحوط وعند محمد رحمه الله لابد من عدد الشهادة في ذلك وكذلك الخلاف في رسول القاضي الى المزكي فمحمد رحمه الله يقول مالم يفهم القاضي فكأنه لم يسمعه ومعنى هذا وهو انه انما يسمع من المترجم لانه يفهم قول المترجم وعليه ينبني الحكم فكانت الترجمة في حقه بمنزلة الشهادة (ألا ترى) أنه يعتبر فيها ما يعتبر في الشهادة من الحرية والاسلام والعدالة فكذلك العدد وهذا لانه يلزم على القاضي القضاء وهذا آكد ما يكون من الالزام فيشترط العدد فيه لطمأنينة القلب كالشهادة الا أنه لا يشترط

لفظة الشهادة لان اشتراط ذلك فى الشهادة ليس لمعنى الالزام بل هو ثابت بالنص بخلاف القياس أو لمعنى الزجر عن الشهادة بالباطل فقوله أشهد بمنزلة قوله أحلف ولهذا أعظم الوزر في شهادة الزور كما فى اليمين الغموس والمدعى هو الذى يأتى بالشهود فلمكان احتمال المواضعة والتلبيس بينهم شرطنا لفظة الشهادة وأما المترجم بحيازة القاضي فينعدم في حقه مثل تلك التهمة فلهذا لا يشترط فى حقه لفظة الشهادة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قال المترجم مخبر غير ملزم وخبر الواحد مقبول بشرط العدالة والاسلام وان كان ملزما كما في رواية الاخبار وكما فى الشهادة على رؤية هلال رمضان والدليل عليه أنه لا يعتبر لفظة الشهادة فيه ولو كان هذا في معنى الشهادة لاستوى فيما اختص به الشهادة كاختصاص الشهادة من بين سائر الاخبار بلفظ الشهادة فاذا لم يجعل هذا الخبر بمنزلة الشهادة فيه ففى العدد أولي واشتراط الاسلام والعدالة هنا بمنزلة اشتراط ذلك فى رواية الاخبار واشتراط الحرية لانه يلزم الغير ابتداء من غير أن يلتزم شيئا فكان من باب الولاية والرق تبقى الولاية على الغير بخلاف رواية الاخبار والشهادة علي هلال رمضان فانه يلتزم ذلك بنفسه ثم يتعدى الي غيره فلا أشترط الحرية فيه لذلك ومع أن الواحد يكفى لذلك كما فى رواية الاخبار ولكن رجل وامرأتان أوثق لانه فى الاحتياط اقرب قال وينبغى للقاضى ان يتخذ كاتبا من اهل العفاف والصلاح لانه محتاج الى ان يكتب ماجرى فى مجلسه وربما يعجز عن مباشرة جميع ذلك بنفسه فيتخذ كاتبا لذلك والكاتب نائبه فينبغى أن يشبهه فى العفاف والصلاح والكاتب من أقوى مايعتمد عليه القاضى فلا يفوضه الا الى من هو معروف بالصلاح والعفاف حتى لا يخدع بالرشوة ثم لم يقعده حيث يرى ما يكتب وما يصنع اما لانه يحتاج الى الرجوع الى ما فى يده من المكتوب فى كل حادثة فليكن بمرأ العين منه أو لانه لا يأمن عليه من أن يخدعه بعض الخصوم بالرشوة اذا لم يكن بمرأ العين من القاضى ثم يكتب خصومة كل خصمين وما بينهما من الشهادة فى صحيفة بيضاء وحدها ثم يطويها ويخزمها ويختمها بخاتمه للتوثق كيلا يزاد فيها ثم يكتب عليها خصومة فلان بن فلان وفلان بن فلان فى شهر كذا فى سنة كذا حتى يتيسر عليه تمييزها من سائر الصحائف اذا اختلفت بها ولا يحتاج فى ذلك الى فتح الخاتم فقد يشق عليه ذلك في كل وقت ويجعل خصومة كل شهر فى قمطر علي حدة لا يخالطها شئ آخر والقمطر اسم لخريطة القاضى وفيه لغتان قمطرة وقمطر وانما يتخذ لخصومة كل شهر خريطة علي حدة ليتيسر عليه وجودها

عند الحاجة اليها ويجدها بأدنى طلب ويكتب التاريخ لانه قد يحتاج اليه عند منازعة الخصوم والاصل فى كتاب التاريخ ماروى ان عمر رضى الله عنه لما اراد أن يكتب الى الآفاق قيل له ان الملوك لا يقبلون الكتاب اذا لم يكن مؤرخا لجمع الصحابة وشاورهم فى التاريخ ثم اتفقوا على ان جعلوا التاريخ من وقت الهجرة وبقى ذلك الى يومنا هذا قال وليباشر هو بنفسه مسائل الشهود فيكتبها أو يكتب بين يديه ثم يبعث بها في السر الى أهل الثقة عنده والعفاف والصلاح فيبعث كل مسئلة مع رجلين كل واحد منهما ثقة ولا يطلع واحد منهما على مايبعث به مع صاحبه لان قضاءه ينبنى على الشهادة فلا يدع فى بابها أقصى ما فى وسعه من الاحتياط والمباشرة بنفسه وقد كانت التزكية في الابتداء علانية ثم أحدث شريح رحمه الله تزكية السر فقيل له أحدثت يا أبى أمية فقال أحدثتم فأحدثنا فكان يجمع بين تزكية السر وتزكية العلانية فيسأل من حال الشهود فى السر ثم يحضر الشهود والمزكون ليزكوهم علانية فيقول هؤلاء الذين زكيناهم وهو أتم ما يكون من الاحتياط غير ان القضاة تركوا بعد ذلك تزكية العلانية واكتفوا بتزكية السر ابقاء للستر على الناس وتحرزا عن الفتنة التى تقع بين المزكين وبعض الشهود فى تزكية العلانية اذا ميزوا المجروح فلهذا يكتفى بتزكية السر فى زماننا وانما لا يطلع واحد من الرسولين على ما يبعث به مع صاحبه كيلا يتواضعا بينهما على شىء وان استطاع أن لا يعرف له صاحب مسألة فليفعل لانه اذا كان معروفا فيرجع اليه بعض الخصوم فيخدعه بالرشوة أو تخوفه بعض الشهود فيزكى المجروح لذلك ويلبس على القاضي فكان الاحتياط أن لا يعرف له صاحب مسألة ولكن فى زماننا اتخذوا التزكية عملا فيشتهر المزكى لذلك لامحالة والاحتياط للقاضى أن يسأل عنه وعن غيره من العدول وأهل الصلاح ممن يقف عليه القاضى ولا يعرفه الخصوم واذا أتاه تزكية رجل من ثقة وأتاه من ثقة آخر انه غير عدل أعاد المسئلة لوقوع التعارض بين الخبرين فان النافى معارض للمثبت فيما طريقه الخبر وقد بينا فى كتاب الاستحسان وذكرنا هناك انه اذا اتفق رجلان على التزكية عمل بقولهما ولم يعمل بقول الواحد الذى خرج لان المثنى حجة فى الاحكام فلا يعارضه خبر الواحد واذا اجتمع رهط على التزكية ورجلان عدلان على الجرح أخذ بقولهما لان الذين زكوا اعتمدوا ظاهر الحال وخفى عليهم ماعرفه اللذان جرحا من العارض الموجب للجرح فيه وقد ثبت ذلك بحجة كاملة فان خبر المثنى حجة فى اثبات الحكم (قال) وينبغى أن يكتب الشاهد اسمه ونسبه وحليته ومنزله فى دار نفسه

أوفى دار غيره لانه مالم يصر معلوما عند من يسأل عن حاله لايمكنه ان يسأل وانما يصير معلوما بما ذكرنا وانما يكتب منزله لان أعرف الناس بحال المرء جيرانه (ألاترى) ان ذلك الرجل لما قال يارسول الله عليك السلام كيف أنا قال صلى الله عليه وسلم سل جيرانك وانما يتمكن من أن يسأل جيرانه عن حاله الاعرف منزله ولانه قد يتسمى رجل باسم غيره للتلبيس على القاضي فيتحرز عن ذلك بان يكتب منزله ويسأل عن التزكية في العلانية بعد التزكية في السر لانه ربما يشتبه على المزكى أو يلتبس عليه فيزكى غير من شهد وينعدم هذا الوهم عند تزكية العلانية الا انه استحسن ترك ذلك في زماننا للتحرز عن الفتنة واذا وجد القاضي في ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لايحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك فعلي قول أبي حنيفة رحمه الله ان يتفكر في ذلك حتى يتذكر وليس له أن يقضي بذلك ان لم يتذكر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا وجد ذلك في قمطرة تحت خاتمه فعليه أن يقضي به وان لم يتذكر وهذا منهما نوع رخصة فالقاضي لكثرة أشتغاله يعجز أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جازله أن يعتمد على الكتاب عند النسيان فان الآدمي ليس في وسعه التحرز عند النسيان (الاترى) الى ماذكر الله تعالى في حق من هو معصوم فقال الله تعالى سنقرئك فلا تنسى الا ماشاء الله وفي تخصيصه بذلك بيان ان غيره ينسى وسمي الانسان انسانا لانه ينسى قال الله تعالى ولقد عهدنا الى آدم من قبل فنسي ولم نجد له عزما فلو لم يجزله الاعتماد علي كتابه عند نسيانه ادى الى الحرج والحرج مدفوع ثم ما كان في قمطرة تحت خاتمه فالظاهر انه حق وان لم يصل اليه يد معتبرة ولا زائدة فيه والقاضي مأمور باتباع الظاهر ومذهب أبي حنيفة رحمه الله هو العزيمة فالمقصود من الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه لان الكتاب للقلب كالمرآة للعين وانما تعتبر المرآة ليحصل الادراك بالعين فاذا لم يحصل كان وجوده كعدمه فكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه فاذ لم يتذكر كان وجوده كعدمه وهذا لان الكتاب قد يزور ويفتعل به والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم وليس للقاضي ان يقضي الا بعلم وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه وهذه ثلاثة فصول أحدها ما بينا والثاني في الشاهد اذا وجد شهادته في صك وعلم أنه خطه وهو معروف ولكن لم يتذكر الحادثة والثالث اذا سمع الحديث فوجده مكتوبا بخطه ووجد سماعه مكتوبا غيره وهو خط معروف ولكنه لم يذكر في الفصول الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ليس له ان يعتمد الكتاب ولهذا قلت له

روايتـه لانه كان يشترط فى الرواية الحفظ من حين سمع الى ان يروى واليه اشار رسول الله صلي الله عليه وسلم فى قوله نصر الله امرءا سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداهـا الى من يسمعها ومحمد رحمه الله في الفصول الثلاثة اخذ بالرخصة للتيسير علي الناس وقال يعتمد خطه اذا كان معروفا وابو يوسف رحمه الله فى مسئلة القاضى ورواية الحديث أخـذ بالرخصة لان المكتوب كان فى يده وفى مسئلة الشهادة أخذ بالعزيمة فقال الصك الذي فيه الشهادة كان فى يد الخصم فلا يامن الشاهد التغيير والتبديل فيه فلا يعتمد خطه فى الشهادة ما لم يتذكر الحادثة وان وجد القاضى سجلا في خريطته ولم يتذكر الحاجة فهو على الخـلاف الذي بينا وان نسي قضاءه ولم يكن سجل فشهد عنده شاهد أنك قضيت بكذا لهذا على هـذا فان تذكر امضاه وان لم يتذكر فـلا اشكال أن على قول أبى حنيفة رحمه الله لايقضي بذلك وقيل على قول أبى يوسف رحمه الله لا يعتمد ذلك وعند محمد رحمه الله يعتمد ذلك فيقضى به وعلى هذا من سمع من غيره حديثا ثم نسي ذلك راوى الاصل فسمعه ممن يروى عنده فعند أبى يوسف رحمه الله ليس له أن يعتمد رواية الغير عنه كما لايفعل ذلك شاهد الاصل اذا شهد عنده شاهد الفرع على شهادته وعند محمد رحمه الله له أن يعتمد ذلك للتيسر من الوجه الذي قلنا وعلي هذه المسائل التى اختلف فيها أبو يوسف ومحمد رحمهم الله فى الرواية فى الجامع الصغير وهى ثلاث مسائل سمعها محمد من أبى يوسف رحمهما الله ثم نسي ذلك أبو يوسف رحمه الله فكان لايعتمد رواية محمد رحمه الله بناء على مذهبه فى ذلك ومحمد رحمـه الله كان لا يدع الرواية مع ذلك بناء علي مذهبه فحال القاضى كذلك وما وجـد فى ديوان القاضي بعد أن يعـدل من شهادة أو قضاء أواقرار فهو غير مأخوذ به ولا مقبول الا أن تقوم بينة أنه قضى به وأنفذه وهو قاضي يومئذ لان القاضى الثانى لايعـلم حقيقة شئ من ذلك وولاية القاضى فوق ولاية الشهادة فاذا كان لا يجوز للمرء أن يشهد بمـا لا يعلم فئلا يجوز له أن يقضى بما لا يعلمه أولى والاصل فيه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليـه وسلم للشاهد اذا رأيت مثل هذه الشمس فاشهد والا فدع ثم طريق اثباته عند القاضى اقامة البينة ويشترط أن يشهدوا أنه كان قاضيا حين قضى بهذا فلعله أنفذه بعد العزل والقضاء منه بعد العزل لا يكون نافذا ولا ينبغى للقاضى أن يتخذ كاتبا من أهل الذمة * بلغنا أن أبا موسى الاشعرى قدم على عمر رضى الله عنهما فسأله عن كاتبه فقال هو رجل من أهل الذمة فغضب عمر رضى الله عنه من ذلك

وقال لا تستعينوا بهم فى شئ وأبعدوهم وأذلوهم فاتخذ أبو موسى كاتبا غيره ولان ما يقوم به كاتب القاضى من أمر الدين وهم يخونون المسلمين فى أمور الدين ليفسدوه عليهم (قال) الله تعالى لا تتخذوا بطانة الآية وان عمر رضى الله عنه أعتق عبدا له نصرانيا يدعي بحنس وقال لو كنت علي ديننا لاستعنا بك في شئ من أمورنا ولان كاتب القاضى يعظم فى الناس وقد نهينا عن تعظيمهم قال صلى الله عليه وسلم أذلوهم ولا تظلموهم ولا تتخذوا كاتبا مملوكا ولا محدودا فى قذف ولا أحدا ممن لا تجوز شهادته لان الكاتب ينوب عن القاضى فيما هو من أهم أعماله فلا يختار لذلك الامن يصلح للقضاء وربما يحتاج القاضى الى الاعتماد على شهادته فى بعض الامور أو يحتاج بعض الخصوم الي شهادته فلا يختار الامن يصلح للشهادة ولا بأس بان يكلف القاضى الطالب صحيفة يكتب فيها حجته وشهادة شهوده لان منفعة ذلك له والذى يحق على القاضى مباشرة القضاء فاما الكتبة ليست عليه فلا يلزمه اتخاذ الصحائف لذلك من مال نفسه ولكن لو كان فى بيت المال سعة فرأى أن يجعل ذلك من بيت المال فلا بأس بذلك لانه يتصل بعمله وكفايته فى مال بيت المال فما يتصل به لا بأس بأن يجعل فى مال بيت المال وعلى هذا أجر كاتب القاضى فانه ان جعل كفايته فى بيت المال لكفاية القاضى ليحتسب فى عمله فهو حسن وان رأى أن يجعل ذلك علي الخصوم فلا بأس به لانه يعمل لهم عملا لا يستحق علي القاضى مباشرته وكذلك أجير قاسم القاضى واذا هلك ذكر شهادة الشهود من ديوان القاضى فشهد عنده كاتبان له ان شهوده فلان وفلان وقد شهدوا عنده بكذا وكذا لم يقبل ذلك لانهما ما أشهد الكاتبين على شهادتهما ولا يقبل شهادة الانسان على شهادة غيره واذا لم يشهده علي شهادته وينبغى للقاضى أن يكتب شهادة الشاهدين بمحضر المشهود عليه أو وكيله حتى لا يغير شيئا من موضعه لان الشهود ان زادوا شيئا أو حرفوه طعن فيه وخاصم ورفع ذلك الى القاضى نائبه وكون الكاتب بمحضر منه أقرب الى النظر له والى نفى التهمة عن القاضي وان كتبها بغير محضر منه لم يضره ذلك لانه يكتب ما سمع وهو أمين فى ذلك ما لم تظهر خيانته وينبغى للقاضى أن يعرض كتاب الشهادة بعد ما يكتبها على الشاهد حتى يعرف هل زاد شيئا أو حرفه عن موضعه لان حجة القضاء شهادة الشهود فيستقصى فى الاحتياط فيه وذلك فى العرض علي الشاهد بعد ما يكتب ولهذا قيل اذا لم يكن ما هرا في العربية ينبغى له أن يكتب شهادة الشهود بلفظه ولا يحوله الى لغة أخرى مخافة الزيادة والنقصان والله أعلم بالصواب

باب كتاب القاضي الى القاضي

(قال رحمه الله اعلم بأن القياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي الى القاضي لان كتابه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس القضاء المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكذلك اذا كتب به اليه ولان الكتاب قد يزور ويفتعل والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة للقضاء ولكنا جوزنا العمل بكتاب القاضي الى القاضي فيما يثبت مع الشبهات لحديث علي رضى الله عنه أنه جوز ذلك ولحاجة الناس الى ذلك فقد يكون الشاهد للمرء في حقه على بلدة وخصمه في بلدة أخرى فيتعذر عليه الجمع بينهما وربما لا يتمكن من أن يشهد في شهادتهما وأكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب الى مجلس ذلك القاضي ليتعرف القاضي من الكتاب عدالتهم ويكتب ذلك الي القاضي المكتوب اليه فللتيسير جوزنا ذلك ولكن فيما يثبت مع الشبهات لانه لا ينفك عن شبهته كما أشرنا اليه في وجه القياس فلا يكون حجة فيما يندرئ بالشبهات ولان ذلك نادر لا تم البلوى به فلما جعل هذا حجة للحاجة اقتصر على ماتم البلوى به لان الحاجة تمشي الى ذلك فاذا أتى القاضي كتاب قاضي سأل الذى جاء به البينة على أنه كتابه وخاتمه لانه غاب عن القاضي علمه فلا يثبت الا بشهادة شاهدين ثم يقرؤه عليهم ويشهدون على مافيه فمن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان علم الشهود بما في الكتاب شرط لجواز القضاء بذلك وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع فقال اذا شهدوا انه خاتمه وكتابه قبله وان لم يعرف مافيه وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي قد يستعمل على شئ لا يعجبهما أن يقف عليه غيرهما ولهذا يختم الكتاب ومعنى الاحتياط يحصل اذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه ولكنا نقول ماهو المقصود لابد من أن يكون معلوما للشاهد والمقصود مافي الكتاب لا عين الكتاب والختم وكتب الخصومات لا يستعمل على شئ سوى الخصومة فللتيسير يطلب كتابا آخر على حدة فاما ما يبعث على يد الخصم لا يشتمل الا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة (قال) ولا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم لان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان الكاتب ينقل

ألفاظ الشهادة كتابة الى القاضي المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارته ثم لا تسمع الشهادة علي الشهادة الا بمحضر من الخصم فكذلك لا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم فاذا قرأه عليه وعلم مافيه فانه ينبغى له أن يخرمه ويختمه لكيلا يغير شيئا منه ويكتب عليه اسم صاحبه ليتيسر عليه وجوده في قمطره عند الحاجة اليه واذا وصل الكتاب الى هذا القاضي بعد ما مات الكاتب أوعزل لم يعمل به لانه ما أتاه كتاب القاضي لان الكاتب قد انعزل حين عزل أو مات فانما أتاه كتاب واحد من الرعايا وذلك لا يصلح حجة للقضاء وان مات ذلك أو عزل بعد ماوصل الكتاب الى هذا القاضي وقرأ ما فيه فانه يعمل به لان الذى أتاه كتاب القاضي وقد بينا أن الكتاب فى معنى الشهادة على الشهادة والشاهد علي الشهادة اذا مات بعد أداء الشهادة يجوز العمل بشهادته بخلاف مااذا مات قبل الاداء فكذلك كتاب القاضي الى القاضى لان وصول الكتاب اليه وقراءته في معنى أداء الشهادة فى مجلسه وان مات المكتوب اليه أوعزل قبل أن يصل اليه الكتاب ثم وصل الى الذى ولى بعده لم يعمل به لان الكتاب الى غيره فلا يكون حجة للقضاء في حقه وكذلك لو وصل اليه وقرأه ثم مات قبل أن يقضى به لم يعمل به من بعده بمنزلة مالوشهد الشهود فى مجلسه فمات قبل أن ينفذه الا أن يكون الكتاب الى كل من يصل اليه من حكام المسلمين فقد جوز ذلك مع جهالة المكتوب اليه لحاجة الناس الي ذلك استحسانا الا أنه يكلف الخصم اعادة البينة على الكتاب والخصم بين يديه لان ما قام من البينة فى المجلس الاول قد بطل بموته قبل تنفيذه وان كتب القاضى الى قاضي فى حق لرجل شهادة شهود شهدوا عنده عليه فانه ينبغي له أن يسمى الشهود فى الكتاب وينسبهم الى آبائهم وقبائلهم والاصل أن الغائب عن مجلس القضاء يجب تعريفه باقصى مايمكن (ألاترى) انه لا يعرف المحدودات الابذكر الحدود فيعرف الآدمى بالنسب والاسم لان ذلك أقصى مايمكن فى تعريفه اذا تعذر احضاره وتمام ذلك بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده فالمقصود تمييزه عن غيره والتميز يحصل بهذا فقل ما يتفق رجلان فى الاسم والنسب بهذه الصفة ولأن كان فهو نادر ويذكر قبيلته أيضا ولو اكتفى بذكر اسمه واسم أبيه واسم قبيلته جاز أيضا فقل مايتفق رجلان فى قبيلة واحدة باسمهما واسم أبيهما ويقام ذكر القبيلة مقام ذكر الجد فهو الجد الأعلى وان ذكر اسمه واسم أبيه فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله ان ذلك يكفي اذا عرفه بصناعة وهو معروف بها وعند أبى

حنيفة رحمه الله لا يكفي لان ذكر الصناعة ليس بشيء فقد يتحول الانسان من صناعة الى صناعة فان كان قدعرفهم بالصلاح كتب بذلك وان لم يعرفهم وأخبر بذلك عنهم كتب به لان المقصود اعلام عدالتهم للقاضي المكتوب اليه ليتمكن من القضاء فالقضاء يقع بشهادتهم وان حلاهم فحسن وان ترك التحلية لم يضر لان المقصود وهو التعريف قد حصل بذكر الاسم والنسب الا أنه اذا كان من رأى الكاتب أن يذكر التحلية فينبغى أن يذكر من ذلك ما لا يشينه ولا يعير به في الناس فيتحرز عن ذكر مايشينه فذلك نوع غيبة فان أراد الذي جاء به من المكتوب اليه أن يكتب به الى قاض آخر فعله لان شهادة الشهود تثبت عنده بالكتاب فكأنه تثبت بسماعه منهم وكما جوزنا الكتاب من القاضى الاول للحاجة فكذلك نجوزه من الثانى لان الخصم قد يهرب الى بلدة أخري قبل قضاء المكتوب اليه بذلك عليه واذا سمع القاضى شهادة الشهود وكتب بها الي قاض آخر فلم يخرج الكتاب من يده حتى حضر المدعى عليه لم يحكم بذلك عليه لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء كشاهد الفرع اذا استقصي بعد ما شهد الاصليان عنده وأشهداه على شهادتهما لم يجز له أن يقضي بذلك وهذا لان جواز القضاء بالبينة والذى سمع شهادة لا بينة فالبينة ما يحصل البيان بها ولا يكون ذلك الا بمحضر من الخصم بعد انكاره أو سكوته القائم مقام انكاره فان أعاد المدعى تلك البينة بمحضر من الخصم فالآن يقضي له بها لان شرط قبول البينة للقضاء انكار الخصم وقد وجد ذلك حين أعادها وما تقدم من الاداء وجوده كعدمه واذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه وقرأه بحضرة الخصم وشهد الشهود على الختم وما فيه وهو مما يختلف فيه الفقهاء لم ينفذه المكتوب اليه الا أن يكون من رأيه لان الاول لم يحكم به وانما نقل الشهادة بكتابه الى مجلسه فلا يحكم به الا اذا كان ذلك من رأيه كما اذا شهد الفروع عنده على شهادة الأصول وهذا بخلاف ما اذا كان الاول قد قضى به وأعطى الخصم سجلا فالثانى ينفذ ذلك وان لم يكن من رأيه لان قضاء القاضى فى المجتهدات نافذ (ألا ترى) أنه ليس للأول أن يبطل قضاءه وان تحول رأيه فكذلك ليس للثانى أن يبطل ذلك فأما في الكتاب الاول ماقضى بشيء (ألا ترى) أن له أن يبطل كتابه قبل أن يبعث به الى الثانى وان الخصم لو حضر مجلسه لم يلزمه من ذلك شيئا فكذلك الثانى لا ينفذ كتابه الا أن يكون ذلك من رأيه ولا يقبل كتاب القاضى فى شيء من الحدود والقصاص لان ذلك مما يندرئ بالشبهات

وللشافعى رحمه الله قول ان ذلك مقبول الا فى الحدود التى هى لله تعالى خالصا وأصل ذلك فى الشهادة على الشهادة وسيأتيك بيانه فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يقبل كتاب قاضى رستاق ولا قرية ولا كتاب عاملها لان المعمول به كتاب القاضى والقاضى الرستاق متوسط وليس بقاضى فالمصر من شرائط القضاء فى ظاهر الرواية لان القضاء من اعلام الدين كالجمع والاعياد فيكون مختصا بالمصر وذلك فى بعض النوادر أن قاضى القرية اذا قضى بشئ بعد تقليد مطلق فقضاؤه نافذ فعلى هذا اذا كان قاضى الرستاق بهذه الصفة يقبل كتابه وعلى هذا قالوا اذا خرج قاضى المصر الى قرية وهى خارجة من فناء المصر فقضى هناك بالحجة لا ينفذ قضاؤه فى ظاهر الرواية لانعدام شرط القضاء وهو المصر وعلى رواية النوادر ينفذ قضاؤه وكثير من المتأخرين رحمهم الله أخذوا بذلك قالوا أرأيت لو كانت الخصومة فى ضيعة فى بعض القرى فرأي القاضي الاحوط أن يحضر ذلك الموضع ليسمع الدعوى والشاهدة ويحكم عند الضيعة أما كان ينفذ حكمه بذلك ومن قال بهذا قال تأويل ما قال فى الكتاب أنه لا حاجة الى قبول كتاب القاضى الرستاق فانه يتيسر احضار الخصم مع الشهود فى مجلس القضاء فى المصر ولكن هذا بعيد فقد ذكر بعده انه لا يقبل الا كتاب قاضى مدينة فيها منبر وجماعة أو كتاب الامير الذى استعمل القاضى لا له بما كفل كتاب من تلك تنفيذ القضاء والامير الذي استعمل القاضى لو نفذ القضاء بنفسه جاز ذلك منه وكيف لا يجوز وانما ينفذ قضاء القاضى بأمره فكذلك قاضى المدينة ينفذ قضاؤه لو قضى بنفسه فيقبل كتابه بخلاف قاضى الرستاق ولا تجوز شهادة أهل الذمة على كتاب قاضى المسلمين لذمى على ذمى ولا على قضائه لانهم يشهدون على فعل المسلم وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة فى اثبات فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة فقل ما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق فى قضاء قاضى المسلمين وكتابه وخاتمه لان الاشهاد على ذلك منه فى مجلسه ومجلس قاضى المسلمين يحضره المسلمون دون أهل الذمة واذا جاء بكتاب القاضى ان لفلان على كذا وكذا من الدين لم يجز حتى ينسبه الى أبيه والى فخذه التى هو بها أو ينسبه الى تجارة يعرف بها مشهورة وقد بينا قول أبى حنيفة رحمه الله فى النسبة الى التجارة لأنها لا تقوم مقام النسبة الى الفخذ الا أن يكون شيئا مشهورا لا يخفى على أحد وان كان فى تلك الفخذ أو الى التجارة اثنان

كذلك لم يجز حتى ينسب الى شيء يعرف به من الآخر لانه لابد من تميز المشهود عليه من غيره (ألا ترى) انهما لو شهدا على أحد الرجلين بحضرتهما لم يقبل ذلك بدون التعيين فكذلك فى حق الغائب لابد من تمييز المشهود عليه من الآخر على وجه لايبقى فيه شبهة وان لم يكن كذلك الا واحدا فاقام الخصم البينة انه قد كان فيهم رجل على ذلك الاسم والنسب وانه قد مات لم يقبل ذلك منه اذا كان موته قبل تاريخ الكتاب وان كان بعده قبلته وأبطلت الكتاب الذى جاء به المدعي لان الثابت بالبينة بمنزلة المعلوم للقاضى ولو كان معلوما عند القاضى وجوده وموته قبل تاريخ الكتاب لم يمتنع لاجله من العمل بالكتاب لان فى الكتاب ذكر الاسم والنسب مطلقا فانما ينصرف ذلك الى الحى دون الميت لانه اذا كان المقصود الميت يذكر فى الكتاب فلان الميت وأما اذا كان موته بعد تاريخ الكتاب فكل واحد منهما كان حيا حين كتب القاضى الكتاب وليس فى الكتاب مايميز أحدهما عن الآخر أرأيت لو ادعي هذه الدعوى على ورثة الميت واحتج ورثة الميت بالحى أكان يتمكن القاضى من القضاء على ورثة الميت بشيء وليس فى الكتاب مايميز مورثهم من الآخر الا أن يكون فى الكتاب فلان بن فلان لفلان وقد مات فيعلم بذلك أن المشهود عليه الميت منهما دون الحى وان كان نسبه فى ذلك الكتاب الى أبيه والى بكر بن وائل أو الى تميم أو همدان لم أجزه حتى ينسبه الى فخذه التى هو منها أدناها اليه بعد أن يقول قبيلته عليها العرافة لان المقصود التعريف وذلك لايحصل الا بنسبته الى أدنى الافخاذ أرأيت لو قالوا فلان بن فلان العربى أو نسبوه الى آدم صلى الله عليه وسلم أكان يحصل التعريف بذلك (قال) الا أن يكون رجلا مشهورا أشهر من القبيلة فيقبل ذلك اذا نسبه الى تلك الشهرة فالتميز بينه وبين غيره يحصل بالشهرة فتقوم ذلك مقام ذكر الاسم والنسب ولو جاء بكتاب قاض بشهادة شهود على دار ليس فيها حدود لم يجز ذلك كما لو شهدوا به فى مجلسه وهذا لان المشهود به مجهول فقيما لايمكن احضاره مجلس القاضى التعريف بذكر الحدود فيبقى مجهولا بدونه وكذلك لو كانوا حدوها بحدين الا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله قال اذا ذكروا أحد حدى الطول وأحد حد العرض يجوز للقاضى أن يقضى ويكتفى به وهذا ليس بصحيح لان بذكر الحدين لا يصير مقدار المشهود به معلوما فان حدوها بثلاثة حدود جاز ذلك عندنا استحسانا وعلى قول زفر رحمه الله لايجوز لبقاء بعض الجهالة حين لم يذكروا الحد الرابع وقياس هذا بما لو ذكروا الحدود الاربعة وغلطوا فى أحدها ولكنا نقول

قد ذكروا أكثر الحدود واقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع ثم مقدار الطول بذكر الحدين صار معلوما ومقدار العرض بذكر أحد الحدين بعد اعلام الطول يصير معلوما أيضا وقد تكون الارض مثلثة لها ثلاثة حدود فاذا كانت بهذه الصفة فلا خلاف أنه يكتفى بذكر الحدود الثلاثة وهذا بخلاف ما إذا غلطوا فى ذكر أحد الحدود لان المشهود به بما ذكروا صار شيئا آخر والفرق ظاهر بين المسكوت عنه وما اذا خالفوا في ذكره كما اذا ادعى شراء شئ بثمن منقود فان الشهادة على ذلك تقبل وان سكت الشهود عن ذكر جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل الشهادة فهذا مثله وان لم يحدوها ونسبوها الى اسم معروف لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان التعريف بالشهرة كالتعريف بذكر الحدود أو أبلغ وذكر الحدود فى العقارات كذكر الاسم والنسب في الآدمى ثم هناك الشهرة تغنى عن ذكر الاسم والنسب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالشهرة يصير موضع الاصل معلوما فاما مقدار المشهود به لا يصير معلوما الا بذكر الحدود وجهالة المقدار تمنع من القضاء ومعنى هذا ان الدار المشهودة قد يزاد فيها وينقص منها ولا تتغير الشهرة بذلك بخلاف الآدمى فانه لا يزاد فيها ولا ينقص منه والحاجة هناك الى اعلام أصله وبالشهرة يصير معلوما ولو جاء بكتاب قاض أن لفلان على فلان السدى عبد فلان بن فلان الفلانى كذا كذا أجرته لان المملوك يعرف بالنسبة الى مالكه فالنسبة الى الاب والقبيلة تتعطل بالرق وانما ينسب الى مالكه (ألا ترى) ان الولاية على المملوك لمالكه دون أبيه فاذا نسبه الى مالك معروف بالشهرة أو بذكر الاسم والنسب فقد تم تعريفه بذلك وكذلك ان نسب العبد الى عمل أو تجارة يعرف بها فالتعريف فى الحر يحصل بذلك في ظاهر الرواية فكذلك فى العبد وان جاء بالكتاب ان العبد له لم يجز ذلك وهما فى القياس سواء وقد بينا هذه المسئلة فى كتاب الآبق ماتقبل فيه كتاب القاضى وما لا يقبل (قال) وقال محمد رحمه الله لا يجوز عندنا كتاب القضاة فى شئ بعينه لا فى العقار فانه لا يتحول عن موضعه فاما فيما سوى ذلك من الاعيان لا يقبل كتاب القاضى الى القاضى لان الاشارة الى عينه عند الدعوى والشهادة شرط ولهذا لا بد من احضاره بمجلس القضاء واذا أتى كتاب القاضى الي القاضى وليس عليه عنوان وهو مختوم بخاتمه فشهدت الشهود أنه كتابه اليه وخاتمه فانه يفتحه لانه لو كان على ظهره عنوان فيه لا يصير معلوما محكوما أنه كتاب القاضي اليه وانما يصير معلوما

بشهادة الشهود فكذلك اذا لم يكن عليه عنوان وقد ترك بعض القضاة كتبه العنوان على ظاهر الكتاب لغرض له فى ذلك وليس على عنوان الظاهر اعتماد فانه ليس يجب الختم فان فتح الكتاب فلم يكن فى داخله اسم الكاتب والمكتوب اليه أو كان فيه اسمهما دون اسم أبيهما لم يقبله لانه انما يقبل كتاب القاضى اليه ولا يصير ذلك معلوما الا بالعنوان فى داخله على وجه يحصل به تعريف الكاتب والمكتوب اليه فاذا لم يكن ذلك لا يقبله والحاصل أن العنوان الداخل عليه الاعتماد لانه تحت الختم يؤمن فيه تغيير ذلك فاذا كان فيه تعريفا تاما يقبل الكتاب والا فلا وان كان فيه اسماؤهما واسما أبائهما قبله اذا شهدت الشهود على ما فى جوفه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان فيه كنايتهما دون اسمائهما لم يقبله فالتعريف لا يحصل بذلك على ما قيل المكنى بالكنى الا ان يكون مشهورا كشهرة أبى حنيفة رحمه الله فحينئذ يقبل ذلك للشهرة وان كان فيه من فلان الى ابن فلان لم يجز لانه لا يصير معلوما بهذا فقد ينسب الفلان الى الاب الادنى وقد ينسب الى من فوقه وقد يكون لابنه بنون سواه فان كان مشهورا مثل ابن أبى ليلى وابن شبرمة رحمهما الله جاز ذلك لحصول المقصود بذكر ماهو مشهور ولو كتب اسم القاضى ونسبه الى جده ولم ينسبه الي أبيه لم يجز لان التعريف يحصل بالنسبة الى الاب الادنى فالنسبة اليه حقيقة والى الجد مجازا (ألا ترى) أنه ينفى عنه باثبات غيره ولو كان على عنوانه أسمائهما واسماء أبائهما لم يجز ذلك الا أن يكون ذلك فى داخله لان العنوان الظاهر ليس تحت الختم فوجوده وعدمه سواء ولو كتب القاضى الى الامير الذى استعمله وهو في المصر معه أصلح الله الامير ثم اقتص القصة وجاء بكتابه معه فعرفه الامير ففى القياس لا يقبل ذلك لان كتاب القاضى لا يثبت عند الامير موجبا للقضاء الا بشهادة شاهدين كالمكتوب من مصر الى مصر وكذا لا بد من ذكر اسم الكاتب واسم أبيه واسم المكتوب اليه واسم أبيه ولم يوجد ذلك ولانه لا حاجة في المصر الى هذا فانه يتيسر عليه أن يحضر بنفسه فيخبر الامير بما يريد اعلامه ولكن في الاستحسان يجوز للأمير أن يمضى هذا لانه متعارف ويشق على القاضى أن يأتى الامير بنفسه فى كل حادثة ليخبر بها ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته فى حق جواز العمل به فكذلك اذا كتب اليه بذلك رقعة ولم يجر الرسم بمثله في الكتاب من مصر الى مصر آخر فشرطنا هناك شرائط كتاب القاضي الى القاضى ويجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة وشهادة امرأتين مع رجل

لانه مما يثبت مع الشبهات والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال حجة القضاء فيما يثبت مع الشبهات وذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي عن القضاء كل شهر خمسمائة درهم وفيه دليل على ان الامام يعطى القاضى كفايته من مال بيت المال وانه لا بأس للقاضى أن يأخذ ذلك لانه فرغ نفسه لعمل المسلمين فيكون كفايته وكفاية عياله فى مال المسلمين وان كان صاحب ثروة فان لم يأخذ واحتسب فى عمل القضاء فهو خير له والأصل فيه قوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف والآية فى الوصى وهو يعمل لليتيم كما أن القاضى يعمل للمسلمين وان الصحابة رضوان الله عليهم فرضوا لابى بكر رضي الله عنه مقدار كفايته من مال المسلمين الا أنه أوصى الى عائشة رضي الله عنها أن ترد جميع ذلك حتى قال عمر رضى الله عنه يرحمك الله لقد أتعبت من بعدك وعمر رضى الله عنه كان يأخذ كفايته من مال بيت المال وعلى رضى الله عنه كذلك كان يأخذ كما قال ان لى من مالكم كل يوم قصعة ثريد وعثمان رضي الله عنه كان لا يأخذ لثروته ثم ذكر عن شريح رحمه الله انه قال مالي لا أرزق وأستوفي منه وأوفيهم اصبر لهم نفسى فى المجلس واعدل بينهم فى القضاء وان شريحا رحمه الله كان قاضيا فى زمن عمر وعلي رضي الله عنهما وعمر رضى الله عنه كان يرزقه كل شهر مائة درهم وعلى رضى الله عنه كان يرزقه كل شهر خمسمائة درهم وذلك لقلة عياله فى زمن عمر رضي الله عنه ورخص سعر الطعام وكثرة عياله فى زمن على رضى الله عنه وغلاء سعر الطعام فان رزق القاضى لا يتقدر بشئ لان ذلك ليس بأجر فالاستئجار على القضاء لا يجوز وانما يعطى كفايته وكفاية عياله وكان بعض أصدقاء شريح رحمه الله عاتبه فى ذلك وقال لو احتسبت قال في جوابه ومالى لا أرزق فبين انه فرغ نفسه لعمل القضاء ولا بد له من الكفاية فاذا لم يرتزق احتاج الى الرشوة ففيه بيان أن القاضى اذا كان محتاجا ينبغى له أن يأخذ مقدار كفايته لكيلا يطمع فى أموال الناس وذكر عبد الله بن يحيي الكندى كان يقسم لعلى رضى الله عنه الدور والارضين ويأخذ على ذلك أجرا وفيه دليل أن القاضي يتخذ قاسما لانه يحتاج الى ذلك فانه فى المواريث اذا بين الانصباء يطالب بالقسمة ليتم بها انقطاع المنازعة وهو لكثرة أشغاله لا يتفرغ لذلك فيتخذ قاسما يستعين به عند الحاجة كما يتخذ كاتبا ثم الأولى أن يجعل كفاية قاسم القاضى فى بيت المال ككفاية القاضي لان عمله من تتمة ما انتصب القاضى له فان لم يقدر علي ذلك أمر الذين يريدون القسمة أن يستأجروه بأجر

معلوم وذلك صحيح لانه يعمل لهم عملا معلوما وذلك العمل غير مستحق عليه ولا على القاضى فالقضاء يتم ببيان نصيب كل واحد من الشركاء والقسمة عمل بعد ذلك فلا بأس بالاستئجار عليه كالكتابة ولا ينبغى له أن يكره الناس على قسامة خاصة لان ذلك يلحق به تهمة المواضعة مع قسامه ولانه إذا أكره الناس على ذلك يتحكم قسامه على الناس في الاجر وفيه ضرر عليهم وأيما قوم أصطلحوا على قسمة قاسم آخر جار بينهم بعد أن لا يكون فيهم صغير ولا غائب لان الحق لهم وهم قادرون على النظر لانفسهم فاصطلاحهم على قاسم آخر من جملة النظر منهم لانفسهم وان كان فيهم صغير أوغائب فهم يحتاجون الى رأى القاضى فى ذلك لان الصغير والغائب عاجزان عن النظر لانفسهما والقاضى ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فان أمرهم بالقسمة وفيهم صغير أوغائب فاستأجروا قساما غير قاسمه بارخص من ذلك بعد أن يكون عدلا يعرفه القاضى جاز ويأمره أن يقسم بينهم لانه ان لم يفعل هذا وألزمهم استئجار قاسمه يحكم عليهم فى الأجر ثم أجر القاسم على الصغير والكبير والذكر والانثى وصاحب النصيب القليل والكثير سواء في قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما الأجر عليهم على قدر الانصباء وهذه مسئلة كتاب القسمة وان اتخذ القاضى جماعة من القسامين فذلك حسن ولكن الأولى أن لا يشرك بينهم فانه أجدر أن لا يتحكموا على الناس لانه اذا أشرك بينهم تواضعوا على شئ فتحكموا على الناس ولانه اذا لم يشرك بينهم يؤمن عليهم الميل الى الرشوة لانه ان فعل ذلك أحدهم أظهره عليه صاحبه واذا أشرك بينهم يفوت هذا المقصود وان قاطعوا رجلا منهم على شئ بعينه لم يدخل بقسم معه في ذلك لانه لا شركة بينهم واذا شهد قاسمان على قسمة قسماها بين قوم بأمره بأن كل إنسان قد استوفى نصيبه جازت شهادتهما فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله وفي قوله الأول لا تجوز شهادتهما وهو قول محمد رحمه الله لانهما يشهدان على فعل أنفسهما ولأنهما فى الحقيقة يدعيان ايفاء العمل الذى استؤجر عليه وأداء الامانة في ذلك بايصال نصيب كل واحد منهم اليه والدعوى غير الشهادة ووجه قولهما أنهما لا يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما شيئا لان الخصوم متفقون على أنهما قد وفيا العمل وان العقد انتهى بينهم وبينهما ثم لا يشهدان على عمل أنفسهما لان عملهما التميز والمشهود به استيفاء كل انسان نصيبه وذلك فعل المستوفى ولو شهد قاسم واحد على القسمة لم يجز لان القاسم ليس بقاض والقاضى هو المخصوص بأن يكتفى بقوله فى الالزام فاما القاسم فيما يشهد به

كغيره فلا تتم الحجة بقول الواحد وكذلك أمين القاضي اذا أمره القاضى أن يدفع مالا
فقال قد دفعته وأنكر المدفوع اليه فالامين يتصدق في نزاهة نفسه لانه يذكر وجوب الضمان
عليه ولا يصدق على الآخر انه قبض لانه ليس بقاض فالحجة لاتتم بقوله وأيما رجل ادعى
غلطا في القسمة فانه لا تعادله القسمة ولكنه يسأل البينة على ما يدعى من الغلط لان الاصل
هو المعادلة فى القسمة والظاهر ان القاسم يؤدى الامانة فى ذلك فمن ادعى خلاف ذلك لم يصدق
الابحجة ولا ينبغى للقاضى أن يتخذ قاسما ذميا ولا مملوكا ولا محدودا فى قذف ولا أعمى ولا
فاسقا ولا أحدا ممن لاتجوز شهادته وقد بينا هذا فى الكاتب فكذلك في القاسم لان كل واحد
منهما ينوب عن القاضي فيما يكون من تتمة عمله وقد تحتاج الخصوم الى شهادة القاسم فلا
يختار لذلك الامر الامن يكون أهلا لاداء الشهادة لانه اذا كان بخلاف ذلك ولم يرد القاضي
شهادته وجد الناس لذلك مقالا في القاضي يقولون لم اخترته اذا كنت لاتعتمد قوله واذا رأى
القاضى وهو فى مجلس القضاء أوغيره رجلا يزنى أو يسرق أو يشرب الخمر ثم رفع اليه فله أن
يقيم عليه الحد فى القياس لانه تيقن باكتسابه السبب الموجب للحد عليه والعلم الذى استفاده
بمعاينة السبب فوق العلم الذى يحصل له بشهادة الشهود لان ذلك محتمل الصدق والكذب
وفى الاستحسان لا يقيم عليه الحد حتى لو شهد الشهود عنده بذلك عليه أو يقر بذلك لما روى
ان عمر رضي الله عنه قال لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه لو رأيت رجلا على حد ثم وليت
هل تقيمه عليه قال لا حتى يشهد معى غيرى فقال أصبت وعن الزهرى عن أبى بكر رضى
الله عنه يجوز ذلك ولان الحدود التى هى من خالص حق الله تعالى يستوفيها الامام على
سبيل النيابة من غير أن يكون هناك خصم يطالب به من العباد فلو اكتفى بعلم نفسه فى
الاقامة ربما يتهمه بعض الناس بالجور والاقامة بغير حق وهو مأمور بان يصون نفسه عن
ذلك وهذا بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس لان هناك خصم
يطالب به من العباد وبوجوده تنتفى التهمة عن القاضى فكان مصدقا فيما زعم أنه رأى ذلك
*توضيح الفرق ان المقر بالحدود التى هى من حقوق الله تعالى اذا رجع صح رجوعه ولم يكن
للقاضى ولاية الاقامة لوقوع التعارض بين خبريه فكذلك اذا أخبر القاضى أنه رأى ذلك
وأنكره الرجل لم يكن له أن يقيمه للتعارض بين الخبرين فكل مسلم أمين فيما يخبر به من حق
الله تعالى ولهذا ضمنه في السرقة لان ذلك حق المسروق منه ولا يعمل الرجوع فيه عن الاقرار

فاما حد القذف والقصاص وغير ذلك من حقوق الناس والرجوع فيه بعد الاقرار باطل وللقاضى أن يلزمه ذلك باقراره فكذلك له أن يلزمه بمعاينته سبب ذلك لان معاينته السبب أقوى في افادة العلم من اقرار المقربه وهذا اذا رأى ذلك فى مصره الذى هو قاض فيه بعد ماقلد القضاء فأما اذا كان رأى ذلك قبل أن يتقلد القضاء ثم استقضى فليس له أن يقضى بعلمه في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يقضى بعلمه في ذلك لان علمه بمعاينة السبب لايختلف بما بعد أن يستقضى وقبله وهو أقوى من العلم الذى يحصل له بشهادة الشهود فان معاينة السبب تفيده علم اليقين وشهادة الشهود لاتفيده ذلك فاذاجاز له أن يقضي بشهادة الشهود عنده فلان يجوز له أن يقضى بعلم نفسه أولى ومذهب أبى حنيفة رحمه الله مروى عن الشعبي.وشريح رحمه الله سئل عن هـذه المسئلة فقال أتى شريح رحمه الله مثلها وأنا شاهد فقال أنت الامير حتى أشهد لك فقال أنشدك بالله أن يذهب حق وأنت تعلم فقال أنت الامير حتى أشهد لك والمعنى فيه أنه حين عاين السبب فقد استفاد به علم الشهادة وبان استقضى بعد ذلك لايزداد علمه بذلك وعلم القضاء فوق علم الشهادة فان علم القضاء ملزم والشهادة بدون القضاء لاتكون ملزمة بخلاف مااذا رأى وهو قاضي لانه استفاد علم القضاء هناك بمعاينة السبب والدليل على الفرق أن مايستفيده من العلم بمعاينة السبب ومايستفيده بشهادة الشهود عنده فى الحكم سواء ثم شهادة الشهود عنده بعد ما استقضى تفيده علم القضاء وقبل أن يستقضى لاتفيد له ذلك حتى لو استقضى شاهد الفرع لم يكن له أن يقضى بما كان من شهادة الاصول عنده مالم يشهدوا بذلك بعد مااستقضي فكذلك عند معاينة السبب وعلى هذا الخلاف لوعاين السبب بعد مااستقضى ولكن فى غير مصره ثم لما انتهى الى مصره خوصم فى ذلك لانه حين عاين السبب لم يكن له أن يقضي به فى ذلك الموضع فهو ومالو علم قبل أن يستقضى سواء ولو عاين ذلك فى مصره وهو قاض ثم عزل ثم أعيد على القضاء فلا شك أن عندهما له أن يقضى بعلمه ومن أصحابنا رحمهم الله من قال عند أبى حنيفة رحمه الله أيضا له أن يقضى بعلمه لانه استفاد علم القضاء بمعاينة السبب حتى لو قضى به فى ذلك الوقت جاز ذلك فكذلك اذاقضى به بعد ماقلد ثانيا والاصح أنه على الخلاف لانه بعد ماعزل لم يبق له فى تلك الحادثة الاعلم الشهادة فهو ومالو علم به بعد ماعزل سواء *توضيحه أنه لو سمع شهادة الشهود فلم يقض بها حتى عزل ثم أعيد على القضاء لم يقض بتلك الشهادة بخلاف ما قبل العزل فكذلك اذا عاين

السبب وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول اذا علم قبل أن يستقصى ثم استقصى فشهدعنده رجل وأخذ بذلك قضى به وذلك مروى عن شريح رحمه الله أنه قضى بشهادة رجل واحد وقد كان علم منها علما ولكنا نقول علمه بمعاينة السبب ليس من جنس مايحصل له من العلم بشهادة الشهود عنده وا كمال أحدهما بالآخر لا يمكن والقاضى لا يتمكن من القضاء الا بحجة فالطريق فى ذلك أن يشهد مع الرجل الآخر لصاحب الحق عند الامام الذى فوقه حتى يقضى هو بذلك واذا دفع القاضى مال اليتيم الى تأجر فجحده التأجر فالقاضى مصدق في ذلك على التأجر يقضى عليه بالمال لانه قاض فيما يفعله فى مال اليتيم وفيما يخبر به من القضاء هو مصدق لانه يخبر بما يملك الانسان وكذلك لو باع مال ميت فى دينه فلا عهدة على القاضى فى ذلك لان فعله ذلك من القضاء وهو فيما يلحقه من العهدة يكون خصما لا قاضيا واذا انتفت التهمة عنه كانت العهدة على من وقع عمله لهم فان جحد المشترى منه البيع قاضاه عليه وأخذ منه اليمين لانه علم أنه كاذب في ذلك فهو الذى باشر السبب وكذلك هو مصدق فيما ذكر أنه قضى به من قصاص أو مال أو طلاق أو عتاق أو غير ذلك من حقوق الناس سواء أقر بذلك عندى أو قامت به بينة ويسع للذى سمع من القاضي ذلك أن يعتمد قوله حتى في الرجم والنفس وما دونها وما يندرئ بالشبهات وما لا يندرئ بالشبهات فى ذلك سواء وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه رجع عن هذا القول وقال فى الحدود التى تندرئ بالشبهات لا يسع السامع اقامة ذلك بمجرد قول القاضى ما لم يخبره بذلك غيره لان القاضي غير معصوم عن الكذب فان ذلك درجة الانبياء صلوات الله عليهم ولا تبلغ درجة القاضى درجة الانبياء عليهم الصلاة والسلام وحرمة النفس عظيمة والغلط فيها لا يمكن تداركه فلا يسع الاقدام عليه بمجرد قول القاضي * وجه ظاهر الرواية أن مجرد قول القاضى ملزم (ألا ترى) أن مباشرته القضاء قول ملزم فكذلك اخباره بالقضاء والدليل عليه أنه لا يستقصى فى كل بلدة أكثر من واحد فلو كانت الحجة لا تتم بمجرد خبر القاضى به لجرى الرسم بايجاد القاضيين فى كل بلدة لصيانة الحقوق كما جرى الرسم به فى الشهود وفي الاكتفاء بقاض واحد فى كل بلدة دليل الاجماع من المسلمين على أن مجرد قول القاضي حجة تامة ولو عزل عن القضاء فخاصمه المقضى عليه فى جميع ذلك فقال انما قضيت به عليك كان مصدقا فى ذلك غير مسئول ببينة ولا مستحلف يمينا لانه أضاف الى حالة معهودة تنافى تلك الحالة الخصومة والضمان عنه فيجب

قبول قوله فى ذلك كما لو أخبر به قبل أن يعزل قال مشايخنا رحمهم الله وانما يجوز اعتماد قول القاضى فى ذلك من غير أن يستفسر اذا كان فقيها ورعا فالورع يؤمننا من جوره وميله الى الرشوة وفقهه يؤمننا من أن يغلط فى ذلك فاما اذا لم يكن فقيها لا بد من أن يستفسر وان كان ورعا لانه ربما يغلط لقلة فهمه وكذلك ان كان فقيها ولم يكن ورعا فلا بد من أن يستفسر لانه لقلة ورعه ربما جار فى ذلك ولا ينبغى للقاضى أن يضرب فى المسجد حدا ولا تعزيرا ولا يقتص لاحد من أحد عندنا (وقال) الشافعى رحمه الله لا بأس بذلك بشرط أن لا يلوث المسجد لان فعل الاقامة قربة وطاعة والمساجد أعدت لذلك ثم هو من تتمة قضائه واذا كان له أن يجلس في المسجد للقضاء كان له أن يتم القضاء باقامة الحدود فيها * وحجتنا فى ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تقام الحدود فى المساجد وفى حديث مكحول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم واقامة حدودكم وسل سيوفكم وبيعكم وشرائكم وطهروها في الجمع واجعلوا على أبوابها المطاهر وروى أن عمر رضى الله عنه أمر بان يعذر رجل وقال للذى أمره بذلك أخرجه من المسجد ثم اضربه ولم ينقل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باقامة حد على أحد فى المسجد بين يديه وهذا لانه لا يؤمن تلويث المسجد ورفع صوت المضروب بالانين عند الضرب والمسجد يتنحى عن ذلك فاما أن يخرج القاضى ليقام بين يديه أو يبعث نائبا أو يجلس عند باب المسجد ويأمر بالاقامة بين يديه خارجا من المسجد وهو يرى ذلك ولو أن قاضيا باع لنفسه شيئا أو اشترى لم يقبل قوله فى شئ منه على خصمه وهو كغيره من الناس فى هذا لانه فيما يعمل لنفسه لا يكون قاضيا وفيما يفعله على غير سبيل الحكم هو كسائر الرعايا (ألا ترى) أن النبي صلى الله عليه وسلم حين أنكر الاعرابى استيفاء ثمن الناقة منه وقال هلم شاهدا قال لم يشهد لى حتى شهد خزيمة رضى الله عنه الحديث اذا كان هذا فى حق من هو معصوم عن الكذب فما ظنك في القاضى ولا يجوز قضاؤه بشئ لنفسه ولا لولده ونوافله من قبل الرجال والنساء ولا لابويه وأجداده من قبلهما ولا لزوجته ولا لمكاتبه ومماليكه لان ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة واذا لم يجز شهادته لهؤلاء فلئلا يجوز قضاؤه لهم أولى وأما من سوى هؤلاء من القرابة وغيرهم فقضاؤه لهم جائز كما تجوز شهادته لهم واذا عزل عن القضاء ثم قال كنت قضيت لهذا على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله في ذلك لانه أخبر بما لا يملك استئنافه وهذا قول ملزم وهو

بعد العزل كغيره من الرعايا فلا يكون قولا ملزما وان شهد مع آخر لم تقبل شهادته فى ذلك لانه يشهد على فعل نفسه ولا شهادة للانسان فيما يخبر به من فعل نفسه فلا بد من أن يشهد على قضائه شاهدان سواه ليتمكن المولى بعده من امضائه واذا رفع قضاء القاضى بعد موته أوعزله الى قاض يرى خلاف رأيه فان كان مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه لاجماع الناس على نفوذ قضاء القاضى فى المجتهدات فلو أبطله القاضى الثانى كان هذا منه قضاء بخلاف الاجماع وان كان القضاء الأول خطأ لا يختلف فيه الفقهاء أبطله لانه بخلاف الاجماع أوالنص (ألا ترى) أن الأول لو وقف على ذلك من قضاء نفسه أبطله بخلاف ماذا تحول رأيه فى المجتهدات فكذلك يفعله المولى بعد موته ولا ينبغى للقاضى أن يكون فظا غليظا جبارا عنيدا لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى القضاء بين الناس فينبغى أن يتحرز عن ماهو منتفى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى لم يجعلنى جبارا عنيدا وفى صفته فى التوراة ليس بفظ ولا غليظ ولا صخاب فى الاسواق فصلوات الله عليه ولان هذه أوصاف مذمومة فعلى القاضى أن يتحرز عنها وهو سبب لنفرة الناس عنه قال الله تعالى ولو كنت فظا غليظ القلب الآية والقاضى مندوب الى اكتساب ماهو سبب لميل القلوب اليه والاجماع اليه فى حوائجهم وينبغى له أن يشتد حتى يستنطق الحق فلا يدع من حق الله تعالى شيئا من غير جبر به وأن يلين حيث ينبغى ذلك فى غير ضعف ولا يترك شيئا من الحق لما روينا عن عمر رضي الله عنه قال لا يصلح لهذا الأمر الا اللين من غير ضعف القوي من غير عنف وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلين فى الامور ويرفق حتى أنهيك شيء من محارم الله فيكون من أشدهم فى ذلك وينبغى له أن يتعذر الى كل من يخاف أن يقع فى نفسه عليه شيء اذا قضى عليه وأن يفسر للخصم ويبين له حتى يعلم انه قد فهم عنه حجته وقضى عليه بعد مافهم وبذلك تنتفى عنه تهمة الميل وينقطع عنه طمع الخصم والمالة فيه ولانه يصون بذلك الخصوم عن الفتنة والشكاية منه وهو مندوب الا أن لا يترك جهده فى ذلك وان كان لا يطمع فى أمانته الا نادرا فيتقدم القاضى الى أعوانه والقوام عليه فى ترك الحق والشدة على الناس ويأمرهم بالرفق واللين من غير أن يضعوا فيقصروا عن شيء مما ينبغى لانهم ينوبون عنه فيما فوض اليهم فكما يفعل ذلك فى حق نفسه يأمر به أعوانه ليكون ذلك سبب تأليف القلوب واجماع الكلمة عليه ولا ينبغى أن يستعمل على القضاء الا الموثوق به فى

عفافه وصلاحه وعقله وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه التي يأخذ منها الكلام فانه لا يستقيم أن يكون صاحب رأى ليس له علم بالسنة والاحاديث فمثله يضل الناس كما ورد به الأثر* اياكم وأصحاب الرأى أعيتهم أن يحفظوها فيسألوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه فقد شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم على صاحب الحديث ان يعي ما سمعه أولا بقوله قال صلوات الله عليه وسلامه نصر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من لم يسمعها فرب حامل فقه الى غير فقيه ورب حامل فقه الى من هو أفقه منه فعرفنا أنه لا يستقيم واحد منهما الا بصاحبه والامام مأمور بان لا يقلد أحدا شيئا من عمل المسلمين الا اذا علم صلاحه لذلك قال صلى الله عليه وسلم من قلد غيره عملا وفى رعيته من هو أولى به منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وعمل القضاء من أهم أمور الدين واعمال المسلمين فلا يختار له الا من يعلم انه صالح لذلك مؤدي الامانة فيه وذلك عند اجتماع الخصال المذكورة فيه واذا كان لا يؤتمن علي شيء من المال من لا يعرف بالامانة أو يعجز عن أدائها فلئلا يؤتمن علي أمر الدين أولى فكما لا يختار للقضاء الا من يجتمع فيه هذه الشرائط فكذلك للفتوى فان القاضى يفتي وقد كان القاضى فى الصدر الأول يسمى مفتيا فلا ينبغى لاحد أن يفتى الا من كان هكذا الا أن يفتي شيئا قد سمعه فيكون حاكيا ماسمع من غيره بمنزلة الراوى لحديث سمعه يشترط فيه مايشترط فى الراوى من العقل والضبط والعدالة والاسلام لان الخبر كلام فلا يتحقق بصورته ومعناه في الراوى من غير العاقل ومامن موجود في الدنيا الا وهو معتبر لصورته ومعناه فاذا كان المعنى المطلوب من الكلام البيان ولا يحصل ذلك الا بالعقل عرفنا ان العقل فى المخبر شرط والضبط كذلك لان قبول الخبر منه باعتبار رجحان جانب الصدق فيه ولا يحصل ذلك الضبط والفهم والعدالة الا بذلك فرجحان جانب الصدق بالعدالة يكون لانه اذا لم ينزجر عما يعتقده حراما فى دينه لا ينزجر عن الكذب أيضا واشتراط الاسلام لان الكفر ينافى رجحان جانب الصدق فى خبره لان هذا من باب الدين وهم يعادون الدين الحق ويسعون في هدمه بما يقدرون عليه فشرطنا الاسلام لذلك وبعد ما استجمع فى القاضى هذه الشرائط لا يولى القضاء ما لم يكن له علم بالقضاء والمراد من هذا اللفظ العلم المتعارف بين الناس ولسانهم من استعمال الحقيقة والمجاز فالقاضي لا يستغنى عن ذلك ويتعذر عليه تنفيذ بعض القضاء اذا لم يكن عالما بذلك ولا يولى القضاء أعمى ولا محدود فى قذف

ولا مكاتب ولا عبد يسعى في شئ من قيمته لان شهادة هؤلاء لاتقبل والقضاء أعظم من الشهادة ولا يولى أحد من أهل الذمة شيئا من أمر القضاء كتابة ولا مسائله لظهور الخيانة منهم في أمور الدين والسعي في افساده علي المسلمين ولا ينبغي للقاضي اذا سافر أومرض أن يستخلف الا بأمر الامام الذى هو فوقه لان من قلده انما رضي برأيه والناس يتفاوتون في الرأي والقضاء لابد له من الرأى فلا يستخلف الا بأمر من قلده كالوكيل لا يوكل غيره الا بأمر الموكل والفرق بين القاضي والمأمور باقامة الجمعة في الاستخلاف قد بيناه في كتاب الصلاة فاذا استخلف بغير أمر الامام لم يجز قضاء خليفته الا أن ينفذ هو قضاء خليفته فحينئذ ينفذه كما لو قضى به بنفسه لان نفوذه برأيه (ألا ترى) أن الوكيل اذا وكل غيره حتى باشر التصرف ثم أجاز الوكيل الاول نفذ ذلك منه وجعل اجازته كانشائه وكذلك لو حكم حكما بين خصمين فهذا والاستخلاف سواء وقيل هذا كله اذا فعله خليفته لا بحضرته فان فعله بحضرته جاز استحسانا لان تمامه برأيه يكون بمنزلة الوكيل اذا وكل غيره حتى باع بحضرته وان التبس عليه القضاء فاستشار فيه رجلا من أهل الصلاح والعفة وأخذ بقوله فانفذه بين الخصمين فهو جائز لما بينا أن القاضي فيما يعجز عنه يستعين بغيره ممن علم ذلك وان طمع القاضي في أن يصلح الخصمين فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضي الله عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم من ذوى الارحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضرار بصاحب الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم لانه انتصب لذلك وان أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بواجب عليهم ردهم انما الواجب عليه ماقلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك وليس ينبغي للقاضي أن يسمع من رجل واحد حجتين أو أكثر من حجتين في مجلس واحد لانه مأمور بين الناس بالتسوية واذا سمع في مجلس واحد من رجل واحد حجتين أو ثلاثا أضر بذلك بسائر الناس الا أن يكون الناس قليلا ولا يشغله ذلك عنهم وكان يفرغ من حوائجهم قبل أن يقوم فلا بأس به حينئذ لانه لا ضرر فيه على أحد ممن حضر مجلسه ولا ينبغي للقاضي أن يقدم رجلا قد جاء رجل غيره قبله لفضل منزلته وسلطانه ولكن يقدمهم علي منازلهم لان الذي سبق بالحضور وقد استحق النظر في حاجته فلا

يبطل حقه بحضور غيره كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من تواضع لغني لغناه ذهب ثلثا دينه ولان القاضي خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم والله تعالى أمر رسوله عليه الصلاة والسلام بما قال واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم الآية ونظر القاضي لهم بسبب الدين وفي ذلك السلطان وغيره سواء فاما يقدمهم على منازلهم بما ذكر في بعض النسخ من أصل بعض مسائل التحكيم وتمام ذلك في كتاب الصلح فنذكر هنا مقدار ماذكر فنقول الحكم فيما بين الخصمين بمنزلة الحاكم المولي حتى يشترط فيه الاهلية للشهادة فاذا كان أعمى أو محدودا في قذف أو عبد أو مكاتب لم يجز حكمه بين المسلمين وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه لانه بتراضيهما صار حكما حتى أن لكل واحد منهما أن يرجع فيها مالم يمض فيه الحكم والحكومة فاذا أمضاها فليس لواحد منهما أن يرجع فيها كما في الصلح ولو دفع حكم الحاكم الى القاضي فان وافق الحق ووافق رأيه أمضاه لانه لو نقضه احتاج الى اعادته في الحال وان كان لايوافق الحق أبطل وكذلك ان كان رأيه لايوافق رأيه في المجتهدات فانه يبطله بمنزلة اصلاح الخصمين لان رضاهما بحكمه لايكون حجة الالزام في حق القاضي وان حكما رجلين فحكم أحدهما دون الآخر فان ذلك لايجوز لانهما رضيا برأيهما ورأى الواحد لايكون كرأي المثنى ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما كسائر الرعايا بعد القيام من مجلس الحكومة فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه وليس ينبغي للحكم أن يقضي في اقامة حد أو تلاعن بين الزوجين لان اصطلاح الخصمين على ذلك غير معتبر وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه وهذا لان اقامة الحدود واللعان بين الزوجين في حق الشرع فلا يستحق فيه الا من يعين ثانيا وعليه استيفاء حقوق الله تعالى وهم القضاة والائمة (ألا ترى) أن من عليه الحد لا يقيمه على نفسه فكذلك ليس للحكم ان يقيم شيئا من ذلك لانه ما تعين نائبا في استيفاء حقوق الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

كتاب الشهادات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان اشتقاق الشهادة من المشاهدة وهي المعاينة فمن حيث أن

السبب المطلق للاداء المعاينة سمى الاداء شهادة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله للشاهد اذا رأيت مثل هذا الشمس فاشهد والا فدع وقيل هى مشتقة من معنى الحضور يقول الرجل شهدت مجلس فلان أى حضرت قال الله تعالى وهم على مايفعلون بالمؤمنين شهود ومن حيث أنه يحضر مجلس القاضى للاداء يسمى شاهدا وتسمى أداء شهادة ثم القياس يأبى كون الشهادة حجة فى الاحكام) لانه خبر محتمل للصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة ملزمة ولان خبر الواحد لا يوجب العلم والقضاء ملزم فيستدعي سببا موجبا للعلم وهو المعاينة فالقضاء أولى ولكنا تركنا ذلك بالنصوص التي فيها أمر للاحكام بالعمل بالشهادة من ذلك قول الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال الله تعالى اثنان ذوى عدل منكم وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى وفيه معنيان أحدهما حاجة الناس الى ذلك لان المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتعذر اقامة الحجة الموجبة للعلم فى كل خصومة والتكليف بحسب الوسع والثانى معنى الزام الشهود حيث جعل الشرع شهادتهم حجة لايجاب القضاء مع احتمال الكذب اذا ظهر رجحان جانب الصدق واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم ولما خص الله تعالى هذه الامة بالكرامات وصفهم بكونهم شهداء على الناس فى القيامة قال الله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس وقد يجب العمل بما لا يوجب علم اليقين كالقياس فى الاحكام بغالب الرأى فى موضع الاجتهاد ثم القياس بعد هذا أن يكتفى بشهادة الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر فى خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد مالم يبلغوا أحد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد ولكن تركنا ذلك بالنصوص ففيها بيان العدد فى الشهادات المطلقة كما لو تلونا من الآيات قال الله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم وقال الله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال صلى الله عليه وسلم للمدعى ليس لك الا شاهداك أو يمينه فان (قيل) هذه النصوص بيان جواز العمل بشهادة العدد وليس فيها بيان نفى ذلك بدون العدد (قلنا) لا كذلك فالمقادير فى الشرع اما لمنع الزيادة والنقصان دون الزيادة كاقل مدة الحيض والسفر أو لمنع الزيادة دون النقصان كاكثر مدة الحيض وهنا التقدير ليس لمنع الزيادة فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة وحاشا أن يكون التقدير المنصوص خاليا عن الفائدة ثم فيه معنى طمأنينة القلب وذلك عند اخبار العدد أظهر

منه في خبر الواحد وفى الشهادة محض الالزام وخبر الواحد لا يكفى لذلك بخلاف الديانات فان فى الديانات التزام السامع باعتقاده والمخبر يلزم نفسه ثم يتعدى الى غيره فلم يكن ذلك الزاما محضا فلهذا لا يشترط فيه العدد بخلاف الشهادة وفيه معنى التوكيد فالتزوير والتلبيس فى الخصومات يكثر فيشترط العدد في الشهادات صيانة للحقوق المعصومة ثم يشترط فيها مايشترط فى الخبر من العقل والضبط والعدالة لان البيان لايحصل الا باعتبار عقل المتكلم والشهادة بينة . ومعرفة عقل المرء باختياره فيما يأتى . ويذر وحسن نظره فى عاقبة أمره والمطلق من الشيء ينصرف الى الكامل منه الا أنه لاحد يرجع اليه في كمال معرفة العقل سوي ما جعله الشرع حدا وهو البلوغ والعقل تيسيرا للأمر على الناس ولهذا لم يكن الصبي والمعتوه أهلا للشهادة ومعنى الضبط حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء وتعتبر صفة الكمال فيه أيضا لما فى النقصان من شبهة العدم ولهذا لم يجعل من اشتدت غفلته أو مجازفته فيما يقول ويسمع من أهل الشهادة اذا كان ذلك ظاهرا عند الناس وأما معرفة العدالة فبرجحان جانب الصدق . فالحجة الخبر لذى هو صدق ولا طريق لمعرفة الصدق فى خبر من هو غير معصوم عن الكذب الا العدالة. والعدالة هى الاستقامة وليس لكمالها نهاية فانما يعتبر منه القدر الممكن وهو انزجاره عما يعتقده حراما فى دينه ولكن هذا شرط العمل بالشهادة لا شرط الاهلية للشهادة وباعتبار هذا المعنى لا يجعل المحدود فى القذف أهلا لاداء الشهادة لانه محكوم بكذبه شرعا فلا يظهر رجحان جانب الصدق في خبره بعد الحكم بكذبه شرعا ولم يشترط الاسلام في الاهليه للشهادة لان رجحان جانب الصدق يظهر فى خبره مع كفره اذا كان منزجرا عما يعتقده حراما فى دينه غير أن خبره لا يقبل فى أمر الدين لانه متهم في ذلك فانه يعتقد السعي فى هدمه ولهذا لا يجعل من أهل الشهادة فى حق المسلمين لانه يعتقد عداوة المسلمين وينعدم فيما بينهم فيكون بعضهم أهلا للشهادة فى حق البعض وسوى هذا يشترط فى الشهادة أهلية للولاية حتى لا يكون المملوك أهلا للشهادة وان كان خبره فى الديانات مقبولا لما فى الشهادات من محض الالزام والزام الغير لا يكون الا عن ولاية وشرطنا الاهلية للولاية فى الشهادة كما شرطنا العدد وجعلنا النساء أحط رتبة فى الشهادة من الرجال لنقصان الولاية بسبب الانوثة وبيان ذلك في الحديث الذى بدأ به الكتاب ورواه عن شريح رحمه الله قال لاتجوز شهادة النساء في الحدود وذكر بعد هذا عن الزهرى قال مضت

السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود وبه نأخذ لان في شهادة النساء ضرب من الشبهة فان الضلال والنسيان يغلب عليهن ويقل معهن معنى الضبط والفهم بالانوثة الي ذلك أشار الله تعالى في قوله عز وجل أن تضل إحداهما فتذكر احداهما الأخرى ووصف رسول الله صلى الله عليه وسلم النساء بنقصان العقل والدين والحدود تندرئ بالشبهات وما يندرئ بالشبهات لا يثبت بحجة فيها شبهة تيسيرا للتحرز عنها ولا يقال فالشبهة في شهادة الرجال قائمة ما لم يبلغوا أحد التواتر ولهذا لا يثبت علم اليقين بخبرهم لان تلك الشبهة لا يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فسقط اعتبارها ولا يجوز أقل من شاهدين في الحقوق بين الناس ولا في الجراحات يعني عند امكان اشتراط العدد من غير جرح وذلك فيما يطلع عليه الرجال للاناث التي بلونا في اشتراط العدد في الشهود قال ولو كان يجوز شهادة رجل واحد لم يكن لخزيمة بن ثابت رضي الله عنه فضل في شهادته وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادته شهادة رجلين خصه بذلك وقصة هذا الحديث ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى ناقة من أعرابي وأوفاه الثمن ثم جحد الاعرابي استيفاء الثمن وجعل يقول واغدراه هلم بهشيدا فقال صلى الله عليه وسلم من يشهد لي فقال خزيمة بن ثابت رضى الله عنه أنا أشهد لك يارسول الله انك أوفيت الاعرابي ثمن الناقة فقال صلى الله عليه وسلم كيف تشهدلي ولم تحضرنا فقال يارسول الله إنا نصدقك فيما تأتينا به من خبر السماء أفلا نصدقك فيما تخبر به من أداء ثمن الناقة فقال صلى الله عليه وسلم من شهد له خزيمة فحسبه ثم هذا النوع من الشهادة ينقسم ثلاثة أقسام في اشتراط العدد فقسم يشترط فيه عدد الأربعة في الشهود وهو الزنا الموجب للحد ثبت ذلك بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولا يشترط عدد الاربعة فيما سوى الزنا العقوبات وغير العقوبات في ذلك سواء وليس في ذلك معنى سوى أن الله تعالى يحب الستر على العباد ولا يرضي باشاعة الفاحشة فلذلك شرط في الزنى زيادة العدد في الشهود ولهذا جعل النسبة الى هذه الفاحشة في الاجانب موجبا للحد وفي الزوجات موجبا للعان بخلاف سائر الفواحش لستر العباد بعضهم على بعض وبيان ذلك في حديث ماعز رضى الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم قال لعمه هلا سترته بثوبك وفي بعض الروايات شين والي اليتيم أنت وفي قسم يشترط فيه شهادة رجلين وهو القصاص والعقوبات التي تندرئ بالشبهات وقسم يشترط

فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وذلك فيما يثبت مع الشبهات بيانه فى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان معناه فان لم يكن الشهيدان رجلين فرجل وامرأتان شهيدان ليكون تفسيرا لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين والآية فى المداينات ولكن ذلك مما لا يندرئ بالشبهات فيكون ذلك دليلا على جواز العمل بشهادة رجل وامرأتين فيما لا يندرئ بالشبهات والنكاح والطلاق والعتاق والنسب من هذه الجملة عندنا وقال الشافعى رحمه الله المعنى فى المداينات كثرة المعاملات فيما بين الناس فانما يجعل شهادة النساء مع الرجال حجة فى ذلك خاصة وهى الأموال وحقوقها فاما فيما سوى ذلك فلا بد من شهادة رجلين وقد بينا المسئلة فى كتاب النكاح • والشهادة على الشهادة جائزة فى كل شئ ماخلا القصاص والحدود وذلك مروى عن ابراهيم رحمه الله وهذا لان الشهادة على الشهادة فيها ضرر شبهة ينعدم ذلك بجنس الشهود من حيث ان الخبر اذا تداولته الالسنة يمكن فيه زيادة ونقصان فهو بمنزلة شهادة الرجال مع النساء تكون حجة فيما يثبت مع الشبهات دون مايندرئ بالشبهات بل أولى فان الشهادة على الشهادة خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة الأصول وشهادة النساء مع الرجال فى صورة الخلف قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليس بخلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استشهاد رجلين عرفنا أن ذلك أقوى من الشهادة على الشهادة ولانا نتيقن ان شاهد الفرع لم يعاين السبب ولا يتقين فى ذلك شهادة النساء انما فيه تهمة الضلال والنسيان فاذا لم تكن شهادة النساء مع الرجال حجة فى الحدود والقصاص فالشهادة على الشهادة أولى والشافعى رحمه الله يجعل الشهادة على الشهادة حجة فى حقوق العباد أجمع. العقوبات وغير العقوبات فى ذلك سواء لانه حجة أصلية فيما هو المشهور به وهو شهادة الأصول فاثبات ذلك بشهادتهم فى مجلس القضاء كثبوته باداءهم لو حضروا بانفسهم بخلاف شهادة النساء مع الرجال فشهادة النساء حجة ضرورية لان النساء لا يحضرن محافل الرجال عادة فلا تجعل حجة الا فيما تكثر فيه المعاملة لان الضرورة تتحقق فى ذلك وفى الحدود التى هى لله تعالى له قولان فى أحد القولين يقول الشهادة على الشهادة لا تكون حجة فى ذلك لان شهادتهم على شهادة الأصول بمنزلة شهادتهم على اقرار المقر وذلك غير مقبول فى الحدود التى هى لله تعالى ومقبول فى حقوق العباد فكذلك الشهادة على الشهادة وهذا لتحقيق الحاجة والضرورة للعباد وذلك ينعدم فيما هو لله تعالى وفى قول آخر يقول

الشهادة علي الشهادة حجة فى ذلك الا فى الرجم فالشاهد علي الزنا فى جملة من يرجم يشترط حضوره لامحالة وفيما سوى ذلك من الحدود الامام هو الذى يقيم اذا ظهر السبب عنده وظهر بالشهادة علي الشهادة لانها حجة أصلية وفيما ذكرنا جواب عن كلامه اذا تأملت ولا يجوز فى شئ شهادة من لم يعاين ولم يسمع لانه لاعلم له بالشهود به وبدون العلم لايجوز له أن يشهد قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال الله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا وهذا لان الشاهد يعلم القاضى حقيقة الحال ويميز الصادق المخبر من الكاذب ولا يتحقق ذلك منه اذا لم يعلم به وطريق العمل المعاينة اذا كان المشهود به مما يعاين والسماع اذا كان ذلك مما يسمع كاقرار المقر والله أعلم بالصواب

باب الاستحلاف

(قال رحمه الله اعلم بأن المدعى عليه يستحلف في الخصومات ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم واليمين علي ما أنكر الا أنه لايستحلف الا بطلب المدعى) لان اليمين حقه قال صلى الله عليه وسلم للمدعى لك يمينة وكما لايستحضر ولا يطلب الجواب الا بطلب المدعى فكذلك لايستحلف الا بطلبه ومعنى جعل الشرع اليمين حقا للمدعى قبل المدعى عليه أن الغموس من اليمين مهلكة على ماروي فى حديث أبى أمامة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع بيمينه وجد له مال امرء مسلم حرم الله تعالى عليه الجنة قيل فان كان شيئا يسيرا يارسول الله قال صلوات الله عليه وان كان قضيبا من أراك وعن ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من حلف يمينا فاجرة ليقتطع بها مال امرء مسلم لقى الله تعالى وهو عليه غضبان فعرفنا أنه يمين مهلكة والمدعى يزعم أن المنكر أتلف حقه بجحوده فجعل له الشرع يمينة حتى تكون مهلكة له ان كان كما زعم المدعى فالاهلاك بمقابلة الاهلاك جزاء مشروع كالقصاص وان كان كما زعم المدعى عليه فلا يضره اليمين الصادقة فهذا تحقيق معنى العدل فى شرع اليمين حقا للمدعي قبل المدعى عليه ثم له رأى فى تأخير الاستحلاف فربما يرجو أن يحضر شهوده ولا يأمن أن تكون خصومته عند قاض لايرى قبول البينة بعد الاستحلاف فيؤخر استحلافه لذلك فلهذا لايحلف الا بطلب المدعى ولان من أصل أبى حنيفة رحمه الله أنه لايحلف الخصم اذا زعم المدعى أن شهوده حضور وعندهما اذا كان الشهود في مجلس القضاء والمدعى

هو الذى يعرف ذلك فلهذا لا يستحلف الا بطلبه ثم شرط أبو حنيفة رحمه الله للاستحلاف أن لا يكون للمدعي شهود حضور لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم للمدعي ألك بينة فقال لا فقال صلى الله عليه وسلم إذن لك يمينه ولان المنكر انما يكون متلفا حق المدعى بانكاره اذا لم يكن له شهود حضور ولو استحلف القاضى الخصم مع حضور الشهود لكان فى ذلك افتضاح المسلم اذا أقام المدعى البينة بعد ذلك وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا اذا كان الشهود فى مجلس الحكم فكذلك يتمكن المدعى من اثبات حقه بالشهادة فى الحال فاما اذا لم يكونوا فى مجلس الحكم فله غرض صحيح في الاستحلاف وهو أن يقصر المؤونة والمسافة عليه باقرار المدعى عليه أو نكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له أن يطلب يمينه ثم قد بينا فى كتاب الدعوى أن المقصود نكول المدعى عليه وان الاستحلاف فى كل ما يجوز فيه القضاء بالنكول ولهذا لا يستحلف فى الحدود لانه لا يقضى فيها بالنكول والنكول قائم مقام الاقرار وفى الحدود التى هى لله تعالى خالصا لا يجوز اقامتها بالاقرار بعد الرجوع فكيف يقام بالنكول والنكول قائم مقام الاقرار وفى حد القذف النكول قائم مقام الاقرار ولا يجوز اقامته بما هو قائم مقام الغير كما لا يقام بالشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضى الا أنه يستحلف فى السرقة ليقضى عند النكول بالمال دون القطع وهذا لان المدعى يدعى أخذ المال بجهة السرقة فيستحلف الخصم فى الاخذ وعند نكوله يقضى بذلك لا بجهة السرقة كما لو أقر بالسرقة ثم رجع وكما فى الشهادة على الشهادة وشهادة الرجال مع النساء فى السرقة فانه يثبت بها الاخذ الموجب للضمان دون السرقة الموجبة للقطع فكذلك فى النكول ولهذا لا يستحلف فى النكاح والرجعة والفئ فى الايلاف والرق والنسب والولاء فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانه لا يجوز القضاء فيها بالنكول والنكول عنده بمنزلة البدل وهما يقولان يستحلف فى هذه الاشياء ويقضى بالنكول فالنكول عندهما قائم مقام الاقرار وقد بينا هذا فى الدعوى وفى دعوى القصاص يستحلف لا للقضاء بالنكول بل لتعظيم حرمة النفوس (ألا ترى) أن الايمان فى القسامة شرعت مكررة لذلك وان كلمات اللعان أيمان مشروعة لتعظيم حرمة النسبة الى الفاحشة ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا امتنع عن اليمين فى دعوى النفس حبس حتى يحلف أو يقر وفيما دون النفس يستحلف للقضاء بالنكول لان البدل عامل فى الاطراف كهو فى الاموال فاذا كان مفيدا يعمل فى الاباحة واذا كان غير مفيد يعمل فى اسقاط الضمان فعند النكول يقضى بالقصاص الذي

هو عين المدعا كما يقضى بالمال وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قال النفس وما دونها سواء اذا نكل عن اليمين قضينا عليه بالارش وهو قول أبو حنيفة الاول رحمه الله وقد بينا هذا فى كتاب الدعوى أيضا (قال) ولا يستحلف الرجل مع شهادة شاهدين لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر والالف واللام للجنس فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم جنس اليمين فى جانب المدعى عليه فلم يبق يمين فى جانب المدعى ولان شرع اليمين في جانب المنكر لمعنى الاهلاك كما بينا ولا يتحقق ذلك فى جانب المدعى ولانها مشروعة للحاجة الى قطع المنازعة ولا حاجة الى ذلك بعد اقامة المدعي البينة ولانها مشروعة في جانب المنكر للنفى والمدعى محتاج الى الاثبات والى هذا أشار في الأصل فقال لا نرد اليمين ولا نحولها عن موضعها وقد قررنا هذا المعنى في كتاب الدعوى في مسئلة رد اليمين ومسئلة القضاء بشاهد ويمين وكان على رضى الله عنه يرى استحلاف المدعي مع شهادة شاهدين ويرى استحلاف الشاهد واستحلاف الراوى اذا روى حديثا كما روي عنه انه قال ماروى لى أحد حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا حلفته غير أبى بكر رضي الله عنه فانه حدثنى أبو بكر رضي الله عنه ولم أحلفه ولم نأخذ بقوله فى هذا لما فيه من الزيادة على النص ففى النصوص أمر الحكام بالتماس شاهدين من المدعى فاليمين بعد ذلك زيادة على النص وذلك بمنزلة النسخ ثم الحق قد ثبت بما أقام من الحجة فالبينة سميت بينة لان البيان يحصل بها ولو ثبت حقه باقرار الخصم لم يجز استحلافه مع ذلك فاذا ثبت بالبينة فهو مثل ذلك أو أقوى فان كانت اليمين على الرجل فان القاضى يحلفه بالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر مايعلم من العلانية وان اكتفى بالأول أجزأه لان المشروع اليمين بالله تعالى قال الله تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال الله تعالى يحلفون بالله ماقالوا فعرفنا أن المشروع فى بيعه نصرة الحق والانكارات اليمين بالله تعالى الا أن المقصود فى المظالم والخصومات هو النكول وأحوال الناس تختلف فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط واذا كان كذلك فالرأى فى ذلك الى القاضى ان شاء اكتفى باليمين بالله وان شاء غلظ بذكر الصفات والاصل فيه حديث أبى هريرة رضي الله عنه ان الذي حلف بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذى لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب وقد بينا ذلك فى آداب القاضى ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا أن تغليظ اليمين بذكر الصفات حسن بعد أن لا يحلفه أكثر من

يمين واحدة ولهذا لم يذكر حرف العطف عند ذكر الصفات ولا يحلفه بغير الله تعالى لان ذلك منهى عنه قال صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر وقال صلى الله عليه وسلم من حلف بغير الله فقد أشرك ولا يستقبل به القبلة ولا يدخله المسجد وحينما يحلفه فهو مستقيم لان المقصود تعظيم المقسم به وذلك حاصل سواء حلفه فى المسجد أوفى غير المسجد استقبل به القبلة أو لم يستقبل والشافعى رحمه الله يقول فى المال العظيم يستحلف بمكة عند البيت وبالمدينة بين الروضة والمنبر وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع لحديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فانه رأى قوما يستحلفون عند البيت قال أعلى دم أم أمر عظيم من المال لقد خفت ان يتهيأ الناس لهذا البيت وهذا نوع مبالغة للاحتياط فقد يمتنع الانسان من اليمين في هذا الموضع مالا يمتنع منها فى سائر المواضع ولسنا نأخذ بهذا لما فيه من الزيادة على النصوص الظاهرة وهى تعدل النسخ عندنا وقد ظهر عمل الناس بخلافه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وفيه أيضا بعض الحرج على القاضى فان حلف المدعى عليه فقد انقطعت المنازعة لانه لاحجة للمدعى فحجته البينة أواقرار الخصم أونكوله وقد انعدم ذلك كله وليس له أن يخاصم بغير حجة يقول فان أبرأه القاضي أى منعه من أن يخاصمه بغير حجة لا أن يسقط حق الطالب عنه بقضائه ثم إن أقام الطالب البينة عليه بالحق فانه يأخذه منه وبعض القضاة من السلف رحمهم الله كان لا يسمعون البينة بعد يمين الخصم وكانوا يقولون كما يترجح جانب الصدق فى جانب المدعى بالبينة ويتعين ذلك حتى لا ينظر الي يمين المنكر بعده فكذلك يتعين الصدق فى جانب المدعى عليه اذا حلف فلا يلتفت الى بينة المدعى بعد ذلك ولسنا نأخذ بذلك وانما نأخذ فيه بقول عمر رضي الله عنه فقد جوز قبول البينة من المدعى بعد يمين المدعى عليه ويقول عمر رضى الله عنه حيث قال اليمين الفاجرة أحق أن يرد من البينة العادلة ولسنا نقول بيمين المدعى عليه يتعين معنى الصدق فى انكاره ولكن المدعى لا يخاصمه بعد ذلك لانه لا حجة له فاذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها ولا يحلف الشاهد الا بامرنا لا كرام الشهود وليس من اكرامه استحلافه ثم الاستحلاف ينبنى على الخصومة ولا خصم للشاهد وكما يستحلف المسلم فى الخصومات تستحلف أهل الذمة لان المقصود النكول وهم يمتنعون من اليمين الكاذبة ويعتقدون حرمة ذلك كالمسلمين (قال) ويحلف النصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام واليهود بالله الذي أنزل التوراة على

موسى عليه السلام والاصل فيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قصة الرجم حيث قال لابن صوريا الاعور أنشدك الله الذي أنزل التوراة على موسى ان حكم الزنا فى كتابكم هذا وهذا لانه قد يمتنع من اليمين عند التغليظ بهذه الصفة مالا يمتنع بدونه وذكر عن محمد رحمه الله انه يستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار لانهم يعظمون النار وليس عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلاف ذلك فى الظاهر الاانه روى عن أبى حنيفة رحمه الله فى النوادر قال لايستحلف أحد الا بالله خالصا فلهذا قال بعض مشايخنا لاينبغى أن يذكر النار عند اليمين لان المقصود تعظيم المقسم به والنار كغيرها من المخلوقات فكما لايستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس فكذلك لايستحلف المجوسى بالله الذي خلق النار وكانه وقع عند محمد رحمه الله انهم يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود النكول قال بذكر ذلك فى اليمين فأما المسلمون لا يعظمون شيئا من المخلوقات تعظيم العبادة فلهذا لا يذكر شئ من ذلك في استحلاف المسلم وغير هؤلاء من أهل الشرك يحلفون بالله فانهم يعظمون الله تعالى كما قال عز وجل ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله وانما يعبدون الاصنام تقربا الى الله تعالى بزعمهم قال الله تعالى ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى فيمتنعون من الحلف بالله كاذبا ويحصل به المقصود وهو النكول ولايستحلف المجوسي فى بيت النار لان الاستحلاف عند القاضى والقاضى ممنوع من أن يدخل ذلك الموضع وفى ذلك معنى تعظيم النار واذا كان لايدخله المسجد مع انا أمرنا بتعظيم هذه البقعة فلئلا يدخل المجوسي بيت النار عند الاستحلاف وقد نهينا عن تعظيمها أولى والحر والمملوك والرجل والمرأة فى اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سواء واذا أرادت المرأة أن تحلف زوجها علي الدخول بها لتؤاخذه بالمهر وقالت تزوجني وطلقني بعد الدخول أو قالت تزوجنى وطلقنى قبل الدخول فعليه نصف المهر أستحلفه بالله على ذلك فان نكل عن اليمين لزمه المال ولا يثبت النكاح فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانها تدعى المال والعقد والبدل يعمل فى المال ولا يعمل فى النكاح فيستحلف لدعوى المال وعند النكول يقضى بذلك دون النكاح وقد بينا نظيره فى دعوى السرقة والله أعلم بالصواب

باب من لا تجوز شهادته

(قال الشيخ الامام رحمه الله الاصل أن الشهادة ترد بالتهمة لقوله صلى الله عليه وسلم

لاشهادة لمتهم ولانه خبر محتمل للصدق والكذب فانما يكون حجة اذا ترجح جانب الصدق فيه وعند ظهور سبب التهمة لا يترجح جانب الصدق ثم التهمة تارة تكون لمعنى فى الشاهد وهو الفسق لانه لما لم ينزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاد حرمته متهم بأنه لا ينزجر عن شهادة الزور وقد بينا أن العدالة شرط للعمل بالشهادة والعدالة هى الاستقامة وذلك بالاسلام واعتدال العقل ولكن يعارضهما هوى يضله أو يصده وليس لهذه الاستقامة حد يوقف على معرفته لانه بمشيئة الله تعالى تتفاوت أحوال الناس فيها فجعل الحد فى ذلك ما لا يلحق الحرج في الوقوف عليه وقيل كل من ارتكب كبيرة يستوجب بها عقوبة مقدرة فهو لا يكون عدلا في شهادته ففى غير الكبائر اذا أصر على ارتكاب شئ مما هو حرام فى دينه يخرج من أن يكون عدلا وان ابتلى بشئ من غير الكبائر ولم يظهر منه الاصرار على ذلك فهو عدل فى الشهادة لانه اذا أصر على ذلك فقد أظهر رجحان الهوى والشهوة على ما هو المانع وهو عقله ودينه واذا ابتلى بذلك من غير اصرار عليه فانما ظهر رجحان دينه وعقله على الهوى والشهوة وقد تكون التهمة لمعنى فى المشهود له وهو وصله خاصة بينه وبين الشاهد يدل على ايثاره على المشهود عليه وذلك شئ يعرف بالعادة فقد ظهر من عادة الناس العدول منهم وغير العدول الميل الى الاقارب وأبنائهم على الاجانب فتتمكن تهمة الكذب بهذا الطريق فى الشهادة وقد يكون ذلك فى الشاهد لا يقدح فى عدالته وولايته وهو العمى فليس للاعمى آلة التمييز بين الناس حقيقة وذلك تمكن تهمة الغلط فى الشهادة وتهمة الغلط وتهمة الكذب سواء وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعى وهو فى حق المحدود فى القذف بعد التوبة فقد جعل الله تعالى عجزه عن الاتيان بأربعة من الشهداء دليل كذبه بقوله عز وجل فاذ لم يأتوا بالشهداء فاؤلئك عند الله هم الكاذبون * اذا عرفنا هذا فنقول ذكر عن شريح رحمه الله قال لا تجوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج للمرأة ولا العبد لسيده وبذلك نأخذ ويخالفنا فى الولد والوالد مالك رحمه الله فهو يجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه بالقياس على شهادة كل واحد منهما على صاحبه وهذا لان دليل رجحان الصدق فى خبره انزجاره عما يعتقد حرمته ولا فرق في هذا بين الاجانب والاقارب وحرمة شهادة الزور بسبب الدين يتناول الموضعين ولهذا قبلت شهادة الاخ لاخيه فكذلك شهادة الوالد لولده ولا معتبر بالميل اليه طبعا بعدما قام دليل الزجر شرعا ولكنا نستدل

بحديث هشام بن عروة عن أبي عن عائشة رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
قال لاتقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمره على أخيه المسلم ولا شهادة الولد لوالده
ولاشهادة الوالد لولده وكذلك رواه عمر بن شعيب عن أخيه عن جده زاد فيه ولاشهادة المرأة
لزوجها ولا شهادة الزوج لامرأته وفى الحديثين ذكر ولا مجلود حد يعنى في القذف وروى
أن الحسن شهد لعلي رضى الله عنهما مع قنبر عند شريح رحمه الله بدرع له قال شريح رحمه الله
ائت بشاهد آخر فقال على رضي الله عنه مكان الحسن أو مكان قنبر قال لا بل مكان الحسن
رضى الله عنه قال على رضى الله عنه أماسمعت ر. ول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما
سيدا شباب أهل الجنة فقال قد سمعت ولكن إئت بشاهد آخر فعزله عن القضاء ثم أعاده عليه وزاد
فى رزقه فدل أنه كان ظاهرا فيما بينهم أن شهادة الولد لوالده لاتقبل الا أنه وقع لعلي رضي
الله عنه في الابتداء أن للحسن رضى الله عنه خصوصية فى ذلك لما خصه به رسول الله صلى
الله عليه وسلم من السيادة ووقع عند شريح رحمه الله أن السبب المانع وهو الولاد قائم فى حقه
ولا طريق لمعرفة الصدق والكذب حقيقة فى حق من هو غير معصوم عن الكذب فيبنى
الحكم على السبب الظاهر وهو كما وقع عند شريح رحمه الله واليه رجع على رضى الله عنه والمعنى
فيه تمكن تهمة الكذب فان العداله تدل على رجحان جانب الصدق عند استواء الخصمين
فى حقه ولا تدل على ذلك عند عدم الاستواء (ألا ترى) أن فى شهادة المرء لنفسه أو فيما
له فيه منفعة لايظهر رجحان جانب الصدق باعتبار العدالة لظهور مايمنع من ذلك بطريق
العادة فكذلك فى حق الآباء والاولاد إما لشبهة البعضية بينهما أو لمنفعة الشاهد فى المشهود به
والمنافع بين الآباء والاولاد متصلة قال الله تعالى أباؤكم وأبناؤكم لاتدرون أيهم أقرب لكم نفعا
بخلاف الاخوة وسائر القرابات فدليل العادة هناك مشترك متعارض فقد تكون القرابة
سببا للتحاسد والعداوة وأول مايقع من ذلك انما يقع بين الاخوة بيانه فى قوله تعالى قال
لاقتلنك وبيان ذلك فى حال يوسف عليه السلام واخوته فكان التعارض يظهر رجحان جانب
الصدق في الشهادة له بظهور عدالته ومثل هذه المعارضة لاتوجد فى الآباء والاولاد ولا يشكل
هذا على من نظر فى أحوال الناس عن انصاف فاما فى شهادة أحد الزوجين لصاحبه
يخالفنا الشافعى رحمه الله فيقول تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه لانه ليس بينهما بعضية
والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد تكون سببا للميل والايثار فهى نظير الاخوة

أو دون الاخوة فانها تحتمل القطع والاخوة لاتحتمل ودليل هذا الوصف جريان القصاص بينهما فى الطريقين فى النفس وأن كل واحد منهما لا يعتق على صاحبه اذا ملكه ولان هذه وصلة بينهما باعتبار عقد لا يؤثر فى المنع من قبول الشهادة كالصداق والاظهار والاختان وهذا لان عقد النكاح يثبت أحكاما مشتركة بينهما ففيما وراء ذلك ينزل كل واحد منهما من صاحبه منزلة الاجنبي كشريكي العنان * وحجتنا فى ذلك أن ما بينهما من وصلة الزوجية يمكن تهمة فى شهادة كل واحد منهما لصاحبه . وبيان ذلك من وجوه أحدها ان عقد النكاح مشروع لهذا وهو أن يألف كل واحد منهما بصاحبه ويميل اليه ويؤثره على غيره واليه أشار الله تعالى فى قوله خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وهو مشروع لمعنى الاتحاد فى القيام بمصالح المعيشة ولهذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم أمور داخل البيت على فاطمة رضى الله عنها وأمور خارج البيت على علي رضى الله عنه وبهما تقوم مصالح المعيشة فكان في ذلك كشخص واحد ولا يقال هذا الاتحاد بينهما فى حقوق النكاح خاصة لان معنى الاتحاد فى حقوق النكاح مستحق شرعا وفيما وراء ذلك ثابت عرفا فالظاهر ميل كل واحد منهما الى صاحبه وايثاره على غيره كما فى الآباء والاولاد بل أظهر فان الانسان قد يعادى والديه لترضى زوجته وقد تأخذ المرأة من مال أبيها فتدفعه الى زوجها والدليل عليه ان كل واحد منهما يعد منفعة صاحبه منفعته ويعد الزوج غنيا بمال الزوجة قيل فى تأويل قوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى أى غنى بمال خديجة رضي الله عنها ولما جاء الى عمر رضى الله عنه رجل فقال ان عبدى سرق مرآة امرأتى فقال مالك سرق بعضه بعضا والدليل على أن الزوجة بمنزلة الولاد حكما استحقاق الارث بها من غير حجب بمن هو أقرب * توضيح الفرق ما قلنا أن الزوجة بمنزلة الاصل للولاد فان الولاد تنشأ من الزوجية والحكم الثابت للفرع يثبت فى الاصل وان انعدم ذلك المعنى فيه (ألا ترى) أن المحرم اذا كسر بيض الصيد يلزمه الجزاء وليس في البيض معنى الصيدية ولكنه أصل الصيد فيثبت فيه من الحكم ما يثبت فى الصيد الا أن هذا الاصل انما يلحق بالولاد في حكم يتصور قيام الزوجية عند ثبوت ذلك الحكم دون ما لا يتصور كالقصاص فانه يجب بعد القتل ولا زوجية بعد قتل أحدهما صاحبه والعتق انما يثبت بعد الملك ولا زوجية بعد الملك فاما حكم الشهادة يكون فى حال قيام الزوجية فيلحق الزوجية فيه بالولاد وكان سفيان الثورى رحمه الله يقول شهادة الزوج لزوجته تقبل وشهادة المرأة لزوجها لا تقبل لانها فى

حكم المملوك له المقهور تحت يده فيتمكن تهمة الكذب في شهادتها له وذلك تنعدم في شهادته لها واعتمد فيه حديث علي رضي الله عنه فانه شهد لفاطمة رضي الله عنها في دعوى فدك مع امرأة بين يدي أبي بكر رضي الله عنه فقال لها أبو بكر رضي الله عنه ضمي الى الرجل رجلا أوالى المرأة امرأة فهذا اتفاق منهما على جواز شهادة الزوج لزوجته * ولكننا نقول دليل التهمة تعم الجانبين من الوجه الذي قررنا فربما يكون ذلك في جانب الزوج أظهر لانها لما كانت في يده فالها في يده من وجه أيضا فهو يثبت اليد لنفسه في المشهود به وكذلك بكثرة مالها تزداد قيمة ملكه فان قيمة المملوك بالنكاح تختلف بقلة مالها وكثرة مالها، بيان ذلك في مهر المثل فمن هذا الوجه يكون الزوج شاهدا لنفسه ولا حجة في حديث علي رضي الله عنه لان أبا بكر رضي الله عنه لم يعمل بتلك الشهادة بل ردها وكان للرد طريقان الزوجية ونقصان العدد فاشار الى أبعد الوجهين تحرزا عن الوحشة وكذلك علي رضي الله عنه علم أن أبا بكر رضي الله عنه لا يعمل بتلك الشهادة لنقصان العدد وكره انحسامها بالامتناع من أداء الشهادة فلهذا شهد لها وقد قيل ان شهادة علي رضي الله عنه لها لم تشتهر وانما المشهور أنه شهد لها رجل وامرأة وأما قول شريح ولا العبد لسيده فهو مجمع عليه لان شهادة العبد لا تقبل لسيده ولا لغير سيده وحكى عن محمد بن سلمة رضي الله عنه قال كان يحيي بن أكثم رحمه الله أعلم الناس باختلاف العلماء رحمهم الله وكان اذا قال في شيء اتفق العلماء رحمهم الله على كذا نزل أهل العراق على قوله وقد قال اتفق العلماء على أن العبد لا شهادة له وقد يروي أن عليا وزيدا رضي الله عنهما اختلفا في المكاتب اذا أدى بعض بدل الكتابة فقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى منه وقال زيد رضي الله عنه لا يعتق ما بقي عليه درهم فقال زيد لعلي رضي الله عنهما أرأيت لو شهد أكان تقبل بعض شهادته دون البعض فهذا دليل الاتفاق منهما على أن لا شهادة للعبد واختلف عمر وعثمان رضي الله عنهما في العبد اذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم أعتق فاعادها فقال عثمان رضي الله عنه لا تقبل وقال عمر رضي الله عنه تقبل فذلك اتفاق منهما على انه لا شهادة للعبد وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا شهادة للعبد وهذا لان في الشهادة معنى الولاية فانه قول ملزم على الغير ابتداء وليس معنى الولاية الا هذا والرق ينفي الولاية فالاصل ولاية المرء على نفسه فاذا كان الرق يخرجه من أن يكون أهلا للولاية على نفسه فعلى غيره أولى وقد استدلوا في الكتاب على أن العبد ليس من أهل الشهادة بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما

دعوا والعبد لا يدخل في هذا الخطاب لان خدمته ومنفعته لمولاه فلا يجب عليه الحضور لاداء الشهادة وان دعى الي ذلك بل لا يحل له ذلك لان منافعه في هذا الزمان غير مستثنى من حق المولى وذكر عن شريح رحمه الله أنه قبل شهادة الاخ لاخيه وقد بينا الفرق بين هذا وبين شهادة الولد لوالده واستدل في الكتاب بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك فطلق هذه الاضافة يدل على أن الولد كالمملوك لوالده وان مال الولد لوالده وقد دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه ومثل ذلك لا يوجد في الاخوة وسائر القرابات ويجوز شهادة الرجل لوالده من الرضاعة ووالدته لان الرضاع تأثيره في الحرمة خاصة وفيما وراء ذلك كل واحد منهما من صاحبه كالاجنبي (ألا ترى) أنه لا يتعلق به استحقاق الارث واستحقاق النفقة حالة اليسار والعسرة وبه يفرق بين الاخوة والولاد فالاخوة لا يتعلق بها استحقاق النفقة عند عدم اليسار بخلاف الولادة والزوجية فانه يتعلق بهما استحقاق حالتي اليسار والعسرة ويجوز شهادة الرجل لام امرأته ولزوج ابنته لان المصاهرة التي بينهما تأثيرها في حرمة النكاح فقط فاما ماسوى ذلك لا تأثير للمصاهرة فهي بمنزلة الرضاع أو دونه وعن ابراهيم رحمه الله قال لا تجوز شهادة المحدود في القذف وان تاب انما توبته فيما بينه وبين الله تعالى وعن شريح رحمه الله مثله وبذلك يأخذ علماؤنا رحمهم الله وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه كان يقول انما يؤتيه فيما بينه وبين الله تعالى فاما نحن فلا نقبل شهادته وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته بعد التوبة وهو قول عمر رضي الله عنه وقد كان يقول لابي بكرة تب تقبل شهادتك واستدل الشافعي رحمه الله بظاهر الآية فان الله تعالى قال الا الذين تابوا والاستثناء متى يعقب كلمات منسوقة بعضها على البعض ينصرف الى جميع ما تقدم الا ما قام الدليل عليه كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة الا أن يدخل الدار ثم قام الدليل من حيث الاجماع على أن الاستثناء لا ينصرف الى الجلد فيبقى ماسواه على هذا الظاهر مع أن عندنا الاستثناء ينصرف الى الجلد أيضا الا أن الجلد حق المقذوف فتوبته في ذلك أن يستعفيه فلا جرم اذا استعفاه فعفى عنه سقط الجلد والمعنى فيه أن الموجب لرد الشهادة فسقه وقد ارتفع بالتوبة وانما قلنا ذلك لان الموجب لرد شهادته اما أن يكون نفس القذف أو اقامة الحد عليه أو سمة الفسق لا جائز أن يكون الموجب لرد شهادته نفس القذف لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب فباعتبار الصدق لا يكون موجبا رد الشهادة ولا ترد

الشهادة على التأبيد وكذلك باعتبار الكذب فلا تأثير للكذب فى رد الشهادة على التأبيد ولان
هذا افتراء منه على عبد من عباد الله فلا يكون أعظم من افترائه على الله تعالى وهو الكفر
وذلك لا يوجب رد الشهادة على التأبيد ولانه نسبة الغير الى الزنا فلا يكون أقوى من
مباشرة فعل الزنا وذلك لا يوجب رد الشهادة على التأبيد وهذا على أصلكم أظهر فانكم تقولون
قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته وان لم يتب وبالاتفاق اذا تاب قبل اقامة الحد عليه تقبل
شهادته ولا جائز أن يكون الموجب لرد الشهادة اقامة الحد عليه فان ذلك فعل الغير به وتعتبر
اقامة هذا الحد باقامة سائر الحدود وهذا لان الحد من وجه يقام تطهيرا قال صلى الله عليه
وسلم الحدود كفارات لأهلها فلا يصلح أن تكون سببا لرد شهادته على التأبيد وحاله اذا
تاب بعد اقامة الحد عليه أحسن من حاله قبل اقامة الحد عليه فاذا بطل الوجهان صح أن
الموجب لرد شهادته سمة الفسق وقد ارتفع ذلك بالتوبة بدليل قبول خبره فى الديانات ولهذا
قلت قبل اقامة الحد عليه لا تقبل شهادته عليه اذا لم يتب لان الفسق ثبت بنفس القذف لما
فيه من هتك ستر العفة على المسلم ولهذا لزمه الحد به والحد لا يجب الا بارتكاب جريمة
موجبة للفسق ولان هذا محدود فى قذف حسنت توبته فتقبل شهادته كالذمى اذا أسلم بعد
اقامة الحد عليه * وحجتنا فى ذلك من حيث الظاهر قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والا
بدما لا نهاية له فالتنصيص عليه فى بيان رد شهادته دليل على أنه يتناول الشهادة على التأبيد
ومعنى قوله لهم أى للمحدود فى القذف وبالتوبة لا يخرج من أن يكون محدودا فى قذف
بخلاف قوله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ومعناه من المنافقين وبالتوبة يخرج
من أن يكون منافقا والمراد بالآية شهادته فى الحوادث لا ما يأتى به من الشهود على صدق
مقالته فالصحيح من المذهب عندنا انه اذا أقام المحدود أربعة من الشهداء على صدق مقالته بعد اقامة
الحد عليه تقبل ويصير هو مقبول الشهادة وقوله تعالى لهم شهادة بمنزلة قوله شهادتهم كما
يقال هذه ادارك وهذه دار لك وفى التنكير ما يدل على أن المراد ما قلنا دون أربعة يشهدون
له فانه لو كان المراد ذلك لقال ولا تقبلوا لهم الشهادة فان المنكر اذا أعيد يعاد معرفا قال الله
تعالى كما أرسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ولا كلام فى المسئلة من طريق
القياس فان مقادير الحدود لا تعرف بالقياس ولكن الكلام على طريق الاستدلال بالمنصوص
فنقول ان رد الشهادة من تمام حده وأصل الحد لا يسقط بالتوبة فما هو متمم له لا يسقط

أيضا وبيان هذا أن نفس القذف لا يكون موجبا للحد كما قاله الخصم ولان القذف متمثل بين الصدق والكذب وربما يكون حسبه من القاذف اذا علم اضراره ووجد أربعة من الشهداء ليقيم عليه الحد ولهذا يتمكن من اثباته بالبينة ولكن وجوب الحد عليه بالقذف مع عجزه عن الاتيان بأربعة من الشهداء واليه أشار الله تعالى فى قوله عز وجل ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فالمعطوف على الشرط شرط ثم العجز عن ذلك يظهر بما يظهر به العجز عن الدفع فى سائر الحوادث فعند ذلك يصير القذف موجبا جلدا مؤلما محرما لقبول الشهادة وذلك منصوص عليه فى قوله تعالى فاجلدوهم والفاء للتعقيب وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم معطوف على الجلد والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فاذا كان المعطوف عليه حدا كان المعطوف من تمام الحد كما قال الشافعى رحمه الله فى قوله صلى الله عليه وسلم وتغريب عام أنه من تمام حد البكر ولكن نقول هناك التغريب لايصلح ان يكون حدا لما فيه من الاغراء على ارتكاب الفاحشة دون الزجر وهنا رد الشهادة صالح لتتميم الحد لانه مؤلم قلبه كما أن الجلد مؤلم بدنه ففيه معنى الزجر ثم جريمة القاذف باللسان ورد شهادته حد فى المحل الذى حصل به الجريمة وذلك مشروع كحد السرقة والمقصود من هذا الحد دفع الشين عن المقذوف وذلك فى اهدار قوله أظهر منه فى اقامة الجلد عليه فلهذا جعلنا رد الشهادة متمما للحد وهذا بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم للسارق اقطعوه ثم احسموه فان الحسم لايكون متمما للحد لانه دواء فلا يصلح أن يكون متمما للحد ثم حرف النفى فى قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة لايمنع العطف فقد يعطف النهي على الامر كما يقول لغيره اجلس ولا تتكلم وأما قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون ليس بعطف بل هو ابتداء بحرف الواو وقد يكون ذلك لحسن نظم الكلام كقوله تعالى والراسخون فى العلم وقوله تعالى ولباس التقوى وقوله تعالى ويمحو الله الباطل وبيان أنه ليس بعطف أن قوله تعالى فاجلدوهم أمر بفعل وهو خطاب الائمة وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم نهى عن فعل وهو خطاب الائمة أيضا وقوله تعالى وأولئك هم الفاسقون اثبات وصف لهم فكيف تتحقق المشاركة بينه وبين ما تقدم ليكون عطفا ولان قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون بيان لجريمتهم وازالة الاشكال أنهم لماذا استوجبوا هذه العقوبة وما تقدم بيان الواجب بالجريمة ولا يتحقق عطف الجريمة على الواجب بها والدليل عليه انه لو كان هذا عطفا لكان من الحد أيضا فينبغى أن لا يرتفع بالتوبة كما لا يرتفع بالحد فلا تأثير للتوبة فى الحد

وانما يسقط عنده بعفو المقذوف ويستوى في ذلك ان تاب القاذف أولم يتب وكان ينبغى أن يقال اذا تاب حتى حرم بفسيقة أن لا يقام عليه الحد لان الحد لا يحتمل الوصف بالتحرى والذى يوضح ماقلنا أن الثابت بالنص هو التوقف فى خبر الفاسق كما قال الله تعالى فتبينوا والمنصوص عليه هنا حكم آخر وهو الرد دون التوقف فعرفنا أنه ليس بسبب الفسق بل هو متمم للحد كما قررنا ولو كان رد الشهادة بسبب الفسق لكان في الآية عطف العلة على الحكم وذلك لا يحسن فى البيان ولهذا الاصل قلنا تقبول شهادته قبل اقامة الحد عليه وان لم يتب لانه من تمام حده أو أنه بعد اقامة الحد وهذا لان باقامة الحد يصير محكوما بكذبه والمتهم بالكذب لا شهادة له فالمحكوم بالكذب أولى ويستدل بهذا فى تعيين المسئلة فانه بعد اقامة الحد عليه في جميع الحوادث بمنزلة الفاسق اذا شهد فى حادثة فردت شهادته فتلك الشهادة لا تقبل منه بعد ذلك وان تاب لانه صار محكوما بكذبه فيها فكذلك المحدود فى جميع الشهادة وبيان ماقلنا فيما روي ان هلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سمحاء قال المسلمون الآن يجلد هلال فتبطل شهادته فى المسلمين فذلك دليل علي أنه لا تبطل شهادته قبل اقامة الحد وأن بطلان الشهادة من تمام الحد وتأويل قول عمر رضى الله عنه لابى بكرة تقبل شهادتك في الديانات (ألا ترى) ان ماروى ان أبا بكرة كان اذا استشهد فى شئ قال وكيف تشهدنى وقد أبطل المسلمون شهادتى وهو أعلم بحاله من غيره فاما الذمى اذا أقيم عليه حد القذف سقطت شهادته وتم به حده لانه كان من أهل الشهادة ثم بالاسلام استفاد شهادة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه الشهادة لم تصر مردودة وبه فارق العبد اذا أقيم عليه الحد ثم عتق لان العبد لم يكن أهلا للشهادة وتمام الحد برد الشهادة فيتوقف على ما بعد العتق فان عتق الآن ثم حده ترد شهادته وهذا الفرق على الرواية التى يقول ان خبر المحدود فى القذف فى الديانات تقبل وأما على الرواية التى يقول لا يقبل خبره فى الديانات وهو رواية المنتقى فوجه الفرق بينهما ان الكافر بالاسلام استفاد عدلة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة بخلاف العبد فهو بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن موجودة من قبل وقد صارت عدالته مجروحة باقامة الحد عليه فلا تقبل شهادته بحال فان (قال) القاذف عندى لا يكون أهلا للشهادة عند اقامة الحد عليه لانه فاسق وانما يستفيد الاهلية بعد ذلك بالتوبة (قلنا) لا كذلك فقد قامت الدلالة لنا على ان الفاسق من أهل الشهادة وفى قوله تعالي ولا تقبلوا لهم شهادة مايدل

على ذلك ثم مذهبه هذا من أقوى دليل لنا عليه فان عنده قبل التوبة لا شهادة له فلا تتصور رد شهادته ويتبين بهذا أن المراد من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة رد لشهادته بعد وجودها بالاهلية وذلك بعد التوبة وعن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه أنه أعمى فذكر ذلك لعلي رضي الله عنه فرد شهادته وبه نأخذ وكان مالك رحمه الله يقول ان شهادة الاعمى مقبولة لان الاعمى لا يقدح في الولاية والعدالة فباعتبارهما يجب قبول الشهادة*بيانه أنه من أهل الولاية على نفسه فتتعدى ولايته الى غيره عند وجود سبب التعدي وهو أهل للعدالة لانزجاره عما يعتقده حراما في دينه ولهذا قبلت رواية الاعمى فقد كان في الصحابة رضوان الله عليهم من هو أعمى وقد كان في الانبياء عليهم السلام من ابتلى بذلك فدل أن الاعمى لا يقدح في العدالة وفوات العينين كفوات الرجلين واليدين فلا يؤثر في المنع من قبول شهادته ونحن نسلم هذا كله ولكن نقول يحتاج في تحمل الشهادة وأدائها الى التمييز بين من له الحق وبين من عليه وقد عدم آلة التمييز حقيقة لان الاعمى لا يميز بين الناس الا بالصوت والنغمة فتتمكن من شهادته شبهة يمكن التحرز عنها بجنس المشهود وذلك مانع من قبول الشهادة وقال زفر رحمه الله فيما لا يجوز الشهادة عليه الا بالمعاينة لا شهادة للاعمى فاما فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع تقبل شهادة الاعمى لانه في السماع كالبصير وانما عدم آلة العينين ولكنا نقول في أداء الشهادة هو محتاج الى الاشارة الى المشهود له والمشهود عليه ولا يتمكن من ذلك الا بدليل مشتبه وهو الصوت والنغمة وعلى هذا الاصل قال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم أداها وهو أعمى تقبل شهادته لان تحمله قد صح بطريق ثبت له العلم به وبعد صحة العلم انما يحتاج الى الحفظ والاعمى في ذلك كالبصير ويحتاج الى الاداء باللسان والاعمى في ذلك كالبصير فتعريف المشهود له والمشهود عليه بذكر الاسم والنسب والاشارة اليهما بالطريق الذي يعلم أنه مصيب في ذلك يكفي لاداء الشهادة (ألا ترى) أن الاعمى يباح له وطء زوجته وجاريته ولا يميزهما من غيرهما الا بالصوت والنغمة وأن البصير اذا شهد على ميت أو غائب يقام ذكر الاسم والنسب مقام الاشارة الى العين في صحة أداء الشهادة فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا لا تقبل شهادته لحديث علي رضى الله عنه فانه لا يستفسر أنه وقت التحمل كان بصيرا أو أعمى وفي هذا الحديث دليل أن ذلك معروفا بينهم حتى لم يخف على النساء ولكن أبو يوسف رحمه الله يقول يحتمل

أن ذلك كان فى الحد وأناأقول فى الحدود اذا عمى قبل الاداء أوبعد الاداء قبل الامضاء فانه لا تعمل بشهادته لان الحدود تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى تقام مقام المعاينة فى حق البصير والحدود لا تقام بما يقوم مقام الغير بخلاف الاموال والمعنى فيه أن فى شهادة الاعمى تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود وذلك يمنع قبول الشهادة كما في شهادة الاب لولده وبيان الوصف أنه يحتاج عند أداء الشهادة الى التميز بين المشهود له والمشهود عليه والاشارة اليهما والى المشهود به فيما يجب احضاره وآلة هذا التميز البصير وقد عدم الاعمى ذلك المعنى وانما يميز بالصوت والنغمة أو بخبر الغير فكما لا يجوز له ولا للبصير أن يشهد بخبر الغير فكذلك لا تقبل شهادته اذا كان تمييزه بخبر الغير والاعمى في أداء الشهادة كالبصير اذا شهد من وراء الحجاب وهذا بخلاف الوطء فانه يجوز أن يعتمد فيه على خبر الواحد اذا أخبره ان هذه امرأته وقد زفت اليه وهذا لان الضرورة تتحقق فيه فالاعمى يحتاج الى قضاء الشهوة والنسل كالبصير ولا ضرورة هنا ففي الشهود كثرة وهذا بخلاف الموت فان ذلك لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود فالمدعي وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته على أن هناك الاشارة تقع الى وكيل الغائب ووصى الميت وهو في ذلك قائم مقامه ولا يقال بانه ما كان يعلم عند الاستشهاد ان الشاهد يبتلي بالعمى لان هذا المعنى يضعف بما اذا فسق الشاهد بعد التحمل فان شهادته لا تقبل والمدعي ما كان يعلم أن الشاهد يفسق بعد التحمل ثم هذا فى القصاص والحدود التي فيها حق العباد موجود وكم يعتبر مع عظم حرمتها فلان لا يعتبر في الاموال مع خفة حرمتها أولى ثم بماذا يعرف انه كان بصيرا وقت التحمل فان قول الشاهد فى ذلك غير مقبول وقول المدعي كذلك والمدعى عليه منكر للمشهود به أصلا (قال) ويتصور هذا فيما اذا جاء وهو بصير ليؤدى الشهادة فلم يتفرغ القاضى لسماع شهادته حتى عمى أو كان القاضى يعرف الوقت الذى عمى هو فيه وتاريخ المدعى سابق على ذلك ولا تجوز شهادة الاخرس لان أداء الشهادة يختص بلفظ الشهادة حتى اذا قال الشاهد أخبر واعلم لا يقبل ذلك منه ولفظ الشهادة لا يتحقق من الاخرس ثم شهادة الاخرس مشتبة فانه يستدل باشارته على مراده بطريق غير موجب للعلم فتتمكن فى شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ولا تكون اشارته أقوي من عبارة الناطق لو قال أخبر ولا تقبل شهادة الفاسق لان الله تعالى أمر بالتوقف فى خبر الفاسق بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ

فتبينوا أن تصيبوا والامر بالتوقف يمنع العمل بالشهادة وهذا لان رجحان جانب الصدق لا يظهر فى شهادة الفاسق لان اعتبار اعتقاده يدل على صدقه واعتبار تعاطيه يدل انه كاذب فى شهادته فاتعارض الادلة يجب التوقف ثم لمالم ينزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاده حرمته فالظاهر أنه لا ينزجر عن شهادة الزور مع اعتقاده حرمته وعن أبي يوسف رحمه الله يقول اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا تتمكن تهمة الكذب فى شهادته فلو جاهته لا يتجاسر أحد من استئجاره لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع من الكذب من غير منفعة له فى ذلك والأصح ان شهادته لا تقبل لان قبول الشهادة فى العمل بها لا كرام الشهود كما قال صلى الله عليه وسلم أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفى حق الفاسق أمر بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروءة له شرعا فلهذا لا تقبل شهادته ولا شهادة آكل الربا المشهور بذلك والمعروف به المقيم عليه فانه فاسق محارب قال الله تعالى فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ولكنه شرط أن يكون مشهورا به مقيما عليه لان العقود الفاسدة كلها ربا قال الله تعالي وأحل الله البيع وحرم الربا والانسان فى العادة لا يمكنه أن يتحرز عن الاسباب المفسدة للعقد فى جميع معاملاته فقد لا يهتدى الى بعض ذلك فلهذا لا تسقط عدالته اذا لم يكن مشهورا بأكل الربا مصرا عليه ولا شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه مرتكب للكبيرة مستوجب للحد على ذلك وذلك تسقط عدالته وانما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من يتهم بالشرب ولكن لا يظهر ذلك لا يخرج من أن يكون عدلا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك أو يخرج سكرانا يسخر منه الصبيان فلا مروءة لمثله ولا يبالى من الكذب عادة ولا شهادة المخنث لانه فاسق ومراده اذا كان مخنثا فى الردئ من أفعاله فأما اذا كان فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر ولم يشتهر بشئ من الافعال الردية فهذا عدل مقبول الشهادة (ألا ترى) ان هيت المخنث كان يدخل بيوت أوزاج رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهن حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم منه كلمة شنيعة أمر باخراجه ولا شهادة من يلعب بالحمام يطيرهن لشدة غفلته فالظاهر أن يكون قبله مع ذلك فى عامة أحواله وأنه يقل نظره فى سائر الامور ثم هو مصر على نوع لعب وقال صلى الله عليه وسلم ما أنا من دد ولا الدد مني والغالب أنه ينظر الى العورات فى السطوح وغيرها وذلك فسق فاما اذا كان يمسك الحمام فى بيته يستأنس بها ولا

يطيرها عادة فهو عدل مقبول الشهادة لان امساك الحمام في البيوت مباح (ألا ترى) أن الناس يتخذون بروج الحمامات ولم يمنع من ذلك أحد ولا شهادة صاحب الغناء الذي يخادن عليه ويجمعهم والنائحة لانه مصر على نوع فسق ويستخف به عند الصلحاء من الناس ولا يمتنع من المجازفة والاقدام على الكذب عادة فلهذا لا تقبل شهادته وأما المحدود في الخمر والزنا والسرقة اذا تابوا فان شهادتهم مقبولة لحديث شريح رحمه الله انه أجاز شهادة أقطع من بني أسد فقال أتجيز شهادتي فقال نعم وأراك لذلك أهلا وكان أقطع في سرقة وهذا لان التوقف في شهادته كان لفسقه وقد زال ذلك بالتوبة والتائب من الذنب كمن لا ذنب له وليس هذا كالمحدود في القذف لان رد الشهادة هناك من تمام الحد فلو جعلنا رد الشهادة هنا من تمام الحد كان بطريق القياس ولا مدخل للقياس في مقادير الحدود والزيادة على النص بالقياس لا تجوز مع أن هذا الحد ليس في معنى ذلك الحد لان باقامة حد القذف تتحقق جريمته وجريمة هؤلاء تتحقق قبل اقامة الحد فاقامة الحد في حقهم تكون تطهيرا اذا انضم اليه التوبة وقد قال الله تعالى فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح الآية وقد قال صلى الله عليه وسلم التائب من الذنب كمن لا ذنب له واذا أعمى الشاهد أو خرس أو ذهب عقله أو ارتد عن الاسلام والعياذ بالله بعد ما شهد قبل أن يقضي القاضي بشهادته فان القاضي لا يقضي بشهادته لان اقتران هذه الحوادث باداء الشهادة تمنع العمل بها فكذلك اعتراضها بعد الاداء قبل القضاء لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء والقاضي لا يقضي الا بحجة فاعتراض هذه المعاني قبل القضاء يخرج شهادته من أن تكون حجة بخلاف الموت فان اقترانه بالاداء لا يمنع العمل بشهادته (ألا ترى) أن شاهد الفرع اذا شهد بعد موت الاصول يقبل والقضاء يكون بشهادة الاصول فكذلك اعتراض الموت لا يمنع القضاء بشهادته وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله شهادة أصحاب الاهواء جائزة وهو مذهب جميع أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الاهواء ومنهم من يفصل بين من يكفر في هواه وبين من لا يكفر في هواه لانهم فسقة ولا شهادة للفاسق والفسق من حيث الاعتقاد أغلظ من الفسق من حيث التعاطي (ألا ترى) أن أخبار أهل الاهواء في الديانات لا يقبل وهو أوسع من الشهادة فلان لا تقبل شهادتهم أولى وفي الكتاب استدل بما كان من الفتنة بين الصحابة رضي الله عنهم فانهم اختلفوا واقتتلوا وقتل بعضهم بعضا ولا شك أن شهادة بعضهم على بعض كانت جائزة

مقبولة وليس بين أصحاب الاهواء من الاختلاف أشد مما كان بينهم من القتال وفي موضع آخر علل فقال انهم للتعمق في الدين ضلوا عن سواء السبيل ووقعوا في الهوى وذلك لا يلحق تهمة الكذب بهم في الشهادة فمن أهل الاهواء يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فلا يتهم باعتبار هذه الاعتقاد أن يشهد بالكذب ومنهم من يقول بالفسق يخرج من الايمان فاعتقاده هذا يحمله على التحرز عن الكذب الموجب لفسقه وقد بينا أن شهادة الفاسق انما لاتقبل لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك فهو نظير شرب المثلث معتقدا اباحته أو يتناول متروك التسمية عمدا معتقدا اباحة ذلك فانه لا يصير به مردود الشهادة الا الخطابية من أهل الاهواء وهم صنف من الروافض يستجيزون أن يشهدوا للمدعى اذا حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لايحلف كاذبا فاعتقاده هذا يمكن تهمة الكذب في شهادته قالوا وكذلك من يعتقد أن الالهام حجة موجبة للعلم لاتقبل شهادته لان اعتقاده ذلك يمكن تهمة الكذب فربما أقدم على أداء الشهادة بهذا الطريق فاما رواية الاخبار عن أهل الاهواء فقد اختلف فيه مشايخنا رحمهم الله والاصح عندى أنه لاتقبل لان المعتقد للهوى يدعو الناس الى اعتقاده ومتهم بالتقول على رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتمام مراده فلا تقبل روايته لهذا ولا يوجد مثل ذلك منه في الشهادة في المعاملات وعلى هذا شهادة العدو على عدوه لاتقبل عند الشافعي رحمه الله لان العداوة بينهما تحمله على التقول عليه ولهذا لم يجوز شهادة أهل الاهواء على أهل الحق فاما عندنا اذا كانت العداوة بينهما بسبب شئ من أمر الدين فشهادة بعضهم على بعض تقبل لخلوها عن تهمة الكذب فأما من يعادى غيره لمجاوزته حد الدين يمتنع من الشهادة بالزور وان كان يعاديه بسبب شئ من أمر الدنيا فهو أمر موجب فسقه فلا تقبل شهادته عليه اذا ظهر ذلك منه وشهادة أهل الاسلام جائزة على أهل الشرك كلهم لان الله تعالى أثبت للمؤمنين شهادة على الناس بقوله عز وجل لتكونوا شهداء على الناس ولما قبلت شهادة المسلم على المسلم فعلى الكافر أولى ومن عرف منهم بالخيانة لم تجز شهادته أهل الاهواء وغير أهل الاهواء في ذلك سواء فالمجون نوع جنون قال القائل في هذا المعنى

ان شرخ الشباب والشعر الاسود   مالم يعاص كان جنونا

ثم لما جن تشتد غفلته على وجه ينعدم به الضبط أو يقل وتظهر منه المجازفة فيما يقول ويفعل فيتهم بالمجازفة في الشهاة أيضا وشهاة أهل الشرك بينهم جائزة بعضهم على بعض عندنا وقال

مالك والشافعي رحمهما الله لاشهادة لهم علي أحد وكان ابن أبي ليلي رحمه الله يقول اذا اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم علي بعض وان اختلفت لاتقبل لقوله صلي الله عليه وسلم لاشهادة لأهل ملة علي ملة أخري الا المسلمين فشهادتهم مقبولة علي أهل الملل كلها ولان عند اختلاف الملة يعادى بعضهم بعضا وذلك يمنع من قبول الشهادة كما لا تقبل شهادتهم على المسلمين وعلى هذا كان ينبغي أن لاتقبل شهادة المسلمين عليهم الا أنا تركنا ذلك لعلو حال الاسلام قال صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولأنهم يعادون أهل الشرك بسبب المسلمون فيه محقون وهو اصرارهم على الشرك فلا يقدح ذلك فى شهادتهم بخلاف أهل الملل فاليهود يعادون النصاري والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه غير محقين قال الله تعالي وقالت اليهود ليست النصارى على شئ وقالت النصارى ليست اليهود علي شئ وقال الشافعي رحمه الله الكافر فاسق ولاتقبل شهادته كالفاسق المسلم وبيان فسقه قوله تعالى أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا وقال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون والفسق عبارة عن الخروج يقال فسقت الرطبة اذاخرجت من قشرها وسميت الفأرة فويسقة لخروجها من جحرها وسمي المسلم بذلك لخروجه عن حد الدين تعاطيا والكافر لخروجه عن حد الدين اعتقادا فاذا ثبت أنه فاسق وجب التوقف فى خبره بالنص والشرط في الشاهد بالنص أن يكون مرضيا قال الله تعالى ممن ترضون من الشهداء والكافر لا يكون مرضيا والدليل عليه ان شهادته على المسلمين لا تقبل وكل من لايكون من أهل الشهادة علي المسلمين لا يكون من أهل الشهادة علي أحد كالعبيد والصبيان بل أولى فالعبد المسلم أحسن حالا من الكافر (ألاترى) ان خبره فى الديانات يقبل ولايقبل خبر الكافر ولان الرق من آثار الكفر فاذا كان أثر الكفر يخرجه من الاهلية للشهادة فاصل الكفر أولى وقاس بالمرتد واستدل ببطلان شهادته على قضاء قاض المسلمين وعلي شهادة المسلم فلو كان من أهل الشهادة لقبلت شهادته في هذا اذا كان الخصم كافرا وحجتنا فى ذلك قوله تعالى أو آخران من غيركم أي من غير دينكم وهو بناء على قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الى قوله أو آخران من غيركم ففيه تنصيص على جواز شهادتهم على وصية المسلم ومن ضرورة جواز شهادتهم على وصية المسلم جوازها على وصية الكافر وما يثبت بضرورة النص فهو كالمنصوص ثم انتسخ ذلك في حق المسلم بانتساخ حكم ولايتهم على المسلمين فبقى حكم الشهادة فيما بينهم على ماثبت بضرورة النص فليس من ضرورة

انتساخ شهادتهم على المسلمين انتساخ شهادة بعضهم علي بعض كالولاية ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهوديين دينا بشهادة أربعة منهم وعن أبي موسى رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعن عمر وعلى رضى الله عنهما فى ذميين دنيا قالا يدفعان الى أهل دينهما ليحكم بينهما ومن ضرورة جواز حكم بعضهم علي بعض والسلف رحمهم الله كانوا مجمعين على هذا حتى قال يحيي بن اكثم رحمه الله تتبعت أقاويل السلف فلم أجد أحدا منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض الا أنى رأيت لربيعة فيه قولين والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم وبيان الوصف فى قوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد منه الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله تعالى مالكم من ولايتهم من شئ والدليل عليه أنها تصح الانكحة فيما بينهم ولا نكاح الا بولى والمسلم اذا خطب الى كتابى أبنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح ولان الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الاطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدى ولايته الي الغير والشهادة نوع ولاية فاذا ثبتت الاهلية للولاية تثبت الاهلية للشهادة ثم المقبول يترجح جانب الصدق وذلك فى انزجاره عما يعتقده حراما فى دينه والكافر منزجر عن ذلك فتقبل شهادته واسم العدالة والرضاء ثبت فى حق الكافر فى المعملات بصفة الامانة فقد وصفه الله تعالى بذلك فى قوله عزوجل ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار ولا يقال انهم أظهروا الكفر عنادا كما قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا الان هذا كان في الاحبار الذين كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى تواطئوا على كتمان بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ونبوته فلا شهادة لاؤلئك عندنا فاما من سواهم يعتقدون الكفر لان عندهم أن الحق ماهم عليه قال الله تعالى ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب الا أمانى وقال عز وجل وان فريقا منهم ليكتمون الحق وبهذا التحقيق يتبين أن فسقهم فسق اعتقاد وقد بينا أن هذا لا يمكن تهمة الكذب فى الشهادة وانما لاتقبل شهادتهم على المسلمين لانقطاع ولايتهم عن المسلمين وانما لاتقبل شهادة العبد والصبي لانعدام الاهلية والولاية وبه يتبين أن أثر الرق فوق تأثير الكفر فى حكم الولاية ثم هم يعادون المسلمين بسبب باطل فيحملهم ذلك على التقوى على المسلمين فلهذا لاتقبل شهادتهم علي المسلمين وأما المرتد فلا ولاية له على أحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول في قبول شهادة بعضهم على البعض ضرورة ولان

المسلمين قل ما يحضرون معاملات أهل الذمة خصوصا الانكحة والوصايا فلو لم تجز شهادة بعضهم على البعض فى ذلك أدي الى ابطال حقوقهم وقد أمرنا بمراعات حقوقهم ودفع ظلم بعضهم عن بعض فلهذه الضرورة قبلنا شهادة بعضهم على بعض كما قبلنا شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ولا تتحقق هذه الضرورة فى شهادتهم على المسلمين ولا فى شهادتهم على شهادة المسلم أو على قضاء قاض مسلم وهذا على أصل مالك رحمه الله أظهر فانه يجوز شهادة الصبيان فى الجراحات وتمزيق الثياب التى بينهم فى الملاعب فقبل أن يتفرقوا (قال) لان العدول لا يحضرون ذلك الموضع وبعد التفرق لا تقبل لان الظاهر انهم يلقنون الكذب وقد أمرنا أن لا نمكنهم من الاجتماع للعب فيحصل المقصود بالزجر عن ذلك فلا حاجة الى قبول شهادة الصبيان فى ذلك وكذلك جراحات النساء في الحمامات لانا أمرنا بمنعهن من الاجتماع لما في اجتماع النساء من الفتنة وكذلك الفسقة من أصحاب السجون لانهم حبسوا باسباب منع الشرع من ذلك فيحصل المقصود بالمنع فاما هنا فقد أمرنا بمراعاة حقوق أهل الذمة وان نجعل دماءهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا مع ان أصحاب السجون لا يخلون عن أمناء السلطان عادة وبناء الاحكام على عرف الشريعة دون عادة الظلمة ولا حجة لابن أبي ليلى رحمه الله في الحديث لان عندنا الكفر كله ملة واحدة قال الله تعالى هذان خصمان اختصموا فى ربهم وقال الله تعالى لكم دينكم ولى دين فعابد الحجر وعابد الوثن أهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وان اختلفت مذاهبهم ثم اليهود يعادون النصارى بسبب هم فيه محقون وهو دعواهم الولد لله تعالي والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه محقوق وهو انكارهم نبوة عيسي عليه السلام والفريقان يعادون المجوس بسبب هم فيه محقوق وهو انكارهم التوحيد ظاهرا ودعواهم الاثنين فشهادة بعضهم على البعض كشهادة المسلمين علي الكفار ولأن كان بعضهم يعادى البعض بسبب باطل فلم يصر بعضهم مقهورا بعض ليحملهم ذلك على التقول بخلاف الكفار فقد صاروا مقهورين من جهة المسلمين وذلك يحملهم على التقول عليهم فلهذا لا تقبل شهادتهم على المسلمين فاما شهادة العبيد فقد بينا الاجماع فيها بين الفقهاء رحمهم الله وأما شهادة المكاتب والمدبر وأم الولد لقيام الرق فيهم ومعتق البعض كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة المكاتب ولا يجوز شهادة المولي لاحد من هؤلاء لان شهادته لمكه كشهادته لنفسه باعتبار قيام الملك والحق له فى المشهود به وكذلك شهادة أبي المولى وابنه وامرأته لهؤلاء بمنزلة شهادته

للمولى وكذلك شهادة الزوج لامرأته الامة وشهادة المرأة لزوجها المملوك لان وصلة الزوجة كوصلة الولاد في المنع من قبول الشهادة واذا شهد المكاتب أو العبد أو الصبي عند القاضي بشهادة فردها ثم شهد بها بعد العتق والكبر جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة فالشهادة لا تتحقق الا ممن هو أهل بخلاف الفاسق اذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم أعادها بعد التوبة فانها لا تقبل لان المردود كان شهادة والفسق لا يخرجه من أن يكن أهلا للولاية فلا يخرجه من أن يكون أهلا للشهادة وانما لا تقبل شهادته لتهمة الكذب فاذا كان المردود شهادة فهي شهادة حكم الحاكم ببطلانها بدليل شرعي فليس له أن يصححا بعد ذلك وبعضهم يشير الى فرق آخر فيقول لعل الفاسق قصد بالتوبة ترويج شهادته فلا يوجد ذلك في الرقيق والصغير فانه ليس اليه ازالة الرق والصغر ولكن هذا ليس بقوي فالكافر اذا شهد على مسلم فردت شهادته ثم أدعاها بعد الاسلام تقبل وهذا المعنى موجود فيه فعرفنا أن الاعتماد على كون المؤدى شهادة كما قررنا واذا تحمل المملوك شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق ثم شهد بها جاز لان التحمل بالمعاينة والسماع والرق لا ينافي ذلك وعند الاداء هو أهل لشهادته ولا تهمة في شهادته فهو نظير الصبي اذا تحمل وشهد بعد البلوغ وكذلك الزوج اذا أبان امرأته ثم أدى الشهادة لها جازت شهادته لان التحمل كان صحيحا مع قيام الزوجية وعند الاداء ليس بينهما سبب التهمة ولو شهد الحر لامرأته بشهادة فردها القاضي ثم أبانها ونكحت غيره ثم شهد لها تلك الشهادة لم يجز لان المردود شهادة فالزوج أهل للشهادة في حق زوجته وكذلك لو شهدت المرأة لزوجها ولو شهد العبد لمولاه فرده القاضي ثم شهد له بها بعد العتق جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة فالعبد ليس بأهل للشهادة في حق أحد واذا شهد المولى لعبده بنكاح فردت شهادته ثم شهد له بها بعد العتق لم يجز لان المردود كان شهادة فالمولى من أهل الشهادة ولو شهد كافر على مسلم فردها القاضي بها ثم أسلم فشهد بها جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة بخلاف ما اذا شهد كافر لكافر فردها القاضي لتهمة ثم أدعاها بعد ما أسلم لان هناك المردود شهادة وانما ردها لتهمة الكذب فبعد ما ترجح جانب الكذب في تلك الشهادة بحكم الحاكم لا يجوز العمل بها قط كما في شهادة الفاسق من المسلمين والله أعلم بالصواب

الشهادة على الشهادة

(قال رحمه الله ولا يجوز على شهادة رجل أو امرأة أقل من شهادة رجلين أو رجل

وامرأتين عندنا وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد) لان الفرع قائم مقام الاصلي معبر عنه بمنزلة رسول فى اتصال شهادته الى مجلس القاضى وكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد على الواحد مقبولة ومذهبنا مروى عن على رضي الله عنه والمعنى فيه أن شهادة الاصلي غابت عن مجلس القاضى فلا يثبت عنده الا بشهادة شاهدين كاقرار المقر وهذا لانها شهادة ملزمة فيما يجب على القاضي القضاء بشهادة الاصول والعدد شرط في هذه الشهادة اذا كان متمكنا بخلاف رواية الاخبار وان شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا أن يشهد رجلان على شهادة كل واحد منهما لان الفرعين يقومان مقام أصل واحد فلا تتم حجة القضاء بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما والدليل عليه أن أحد الفرعين لو كان أصليا فشهد على شهادة نفسه وعلى شهادة صاحبه مع غيره لا تتم الحجة بالاتفاق فكذلك اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين *وحجتنا في ذلك انهما يشهدان جميعا على شهادة كل واحد منهما وكما يثبت قول الواحد في مجلس القاضى بشهادة شاهدين يثبت قول الجماعة كالاقرار وهذا لان الفرعين عدد تام لنصاب الشهادة وهما يشهدان على شهادة الاصول الاعلى أصل الحق فاذا شهدا على شهادة أحدهما تثبت شهادته فى مجلس القضاء كما لو حضر فشهد بنفسه ثم اذا شهد على شهادة الآخر تثبت شهادته أيضا فى مجلس القضاء اذا لا فرق بين شهادتهما على شهادته وبين شهادة رجلين آخرين بذلك بخلاف شهادة المرأتين فذاك ليس بنصاب تام للشهادة ولكن كل امرأة بمنزلة شطر العلة والمرأتان شاهد واحد وبالشاهد الواحد لا يتم نصاب الشهادة وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لان الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع في تلك الحادثة لمعنين أحدهما أنه عنده علم المعاينة فى هذه الحادثة فلا يستفيد شيئا باشهاد الآخر اياه على شهادته فى الثانى أن شهادة الفرع في حكم البدل ولهذا لا يصار اليه الا عند العجز عن حضور الاصل بموته أو مرضه أو غيبته والشخص الواحد في الشهادة لا يكون أصلا وبدلا فى حادثة واحدة * توضيحه أن شاهد الاصلي تثبت نصف الحق فلو جوزنا مع ذلك شهادته وشهادة الآخر لكان فيه اثبات ثلاثة ارباع الحق بشهادة الواحد وذلك لا يجوز فاما اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين فلا يثبت فى الحاصل بشهادة كل واحد منهما الا نصف الحق وذلك جائز والشهادة على الشهادة فى كتب

القضاة جائزة لان ذلك يثبت مع الشبهات وتقبل فيه شهادة النساء مع الرجال فكذلك الشهادة على الشهادة وان شهد شاهدان على شهادة شاهدين أن قاضي كذا ضرب فلانا حدا في قذف فهو جائز لان المشهود به فعل القاضي لانفس الحد وفعل القاضي مما يثبت مع الشبهات وانما الذى يندرئ بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان (قيل) أليس أن اقامة الحد مسقطة لشهادته عندكم بطريق العقوبة (قلنا) ولكن رد شهادته من تمام حده فيكون سببه هو السبب الموجب للحد وهو القذف الا أنه ترتب عليه ليكون متمما له فلا يظهر قبله فاما فى الحقيقة القذف مع العجز عن أربعة من الشهداء يوجب جلدا مؤلما ويبطل شهادته بناء عليه واذا شهد شاهدان على شهادة شاهد وقد خرس المشهود على شهادته أو عمي أو ارتد أو فسق أو ذهب عقله لم تجز الشهادة علي شهادته وان كان الفرعيان عدلين لان القضاء انما يكون بشهادة الاصول فاما الفرعي ينقل الى مجلس القاضي بعبارته شهادة الاصول فكأن الاصلي حضر بنفسه وشهد ثم ابتلي بشيء من ذلك قبل قضاء القاضي فكما لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادته هناك لانه لو قضى بها كان قضاء بغير حجة فكذلك هنا وشهادة أهل الذمة على المستأمنين جائزة بخلاف شهادة المستأمنين على أهل الذمة لان الذمى من أهل دارنا حتى لا يتمكن من الرجوع الى دار الحرب بخلاف المستأمن فشهادة الذمى على المستأمن كشهادة المسلم على الذمى وشهادة المستأمن على الذمى كشهادة الذمى على المسلم وشهادة المستأمنين بعضهم علي بعض تقبل اذا كانوا من أهل دار واحدة وان كانوا من أهل دارين كالرومى والتركى لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع بخلاف المنعتين ولهذا لايجرى التوارث بينهم بخلاف دار الاسلام فانها دار حكم فيه اختلاف المنعة لايختلف بالدار فاما دار الحرب ليس بدار أحكام فيه اختلاف المنعت تختلف بالدار وهذا بخلاف أهل الذمة فانهم صاروا من أهل دارنا فتقبل شهادة بعضهم علي بعض وان كانوا من منعاة مختلفة فاما المستأمون ماصاروا من أهل دارنا ولهذا يمكنون من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكنون من اطالة المقام فى دار الاسلام (قال) ومن ترك من المسلمين الصلوات فى الجماعة والجمع مجانة لم تقبل شهادته لانه مرتكب لما يفسق به ولان الجماعة من أعلام الدين فتركها ضلالة (ألا ترى) أن عمر رضى الله عنه قال يوما لاصحابه قد خرج من بيننا من كان ينزل عليه الوحي وخلف فيما بيننا علامة يميز بها المخلص من المنافق وهى الجماعة فكل من لقيناه في

جماعة المسلمين شهدنا بايمانه ومن لقيناه يتخلف عن الجماعة شهدنا بانه منافق وان كان ترك ذلك سهوا وهي لا تتم شهادته أجزت شهادته لان ترك الجماعة سهو لا يوجب فسقه لان الساهي معذور في بعض الفرائض دونه أولى واذا شهد كافران علي شهادة مسلمين لكافر على كافر بحق أو على قضاء قاضي المسلمين على كافر لمسلم أو كافر لم تجز شهادتهما لان المشهود به فعل المسلم ولاحاجة الى فعل بيان المسلم بشهادة الكافر لان فعل المسلم يتيسر اثباته بشهادة المسلمين وشهادة العبد والامة في هلال رمضان جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله * وحجتنا فيه حديث الاعرابي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم فما اعتبر في ذلك الا الايمان حيث قال أتشهدان لا اله الا الله الحديث وقد بينا في كتاب الصوم الفرق بين هذا وبين الشهادة على هلال الفطر والاضحى وان الشهادة على هلال رمضان ليست بالزام للغير ابتداء بل هو التزام والتزام المسلم الصوم في رمضان بايمانه فبهذه الشهادة تبين الوقت ولا يكون الا التزام فيها ابتداء ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت الشهادة لانه اذا كان يثبت بشهادة المسلمين شهادة المسلم فلان يثبت بشهادتهما شهادة الكافر وهي دون شهادة المسلم أولى وان كان كافراً في يده أمة اشتراها من مسلم فشهد عليه كافران أنها لكافر أو مسلم لم تجز شهادتهما وكذلك لو كانت في يده بهيمة من مسلم أو صدقة وهذا في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمهم الله ثم رجع فقال أقضي بها على الكافر خاصة ولا أقضي بها على غيره وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله لان الملك في هذا للكافر في الحال وشهادة الكافر حجة في استحقاق الملك عليه وليس من ضرورة استحقاق الملك عليه الاستحقاق على البائع أو بطلان البيع كما لو أقر المشترى بها لانسان فان الملك يستحق عليه باقراره ولا يبطل به البيع ولا فرق بينهما فان القضاء بحسب الحجة والاقرار حجة على المقر دون غيره فكذلك شهادة الكافر حجة علي الكافر دون المسلم ولابي حنيفة ومحمد رحمهم الله طريقان أحدهما ان الملك بحجة البينة يستحق من الاصل فلهذا يستحق بزوائده ويرجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن واذا كان أصل الملك للمسلم فهذه الشهادة انما تقوم على استحقاق الملك علي المسلم وشهادة الكافر ليست بحجة في ذلك كما قيل التمليك من غيره وهذا لان القاضي لا يتمكن من القضاء بملك حادث بعد شراء الكافر لانه لا بد للملك الحادث من سبب حادث ولم يثبت عنده ولا يتمكن من القضاء بالملك من الاصل لان هذه الشهادة ليست بحجة فيه بخلاف الاقرار فان

الاقرار يجعل في الحكم بمنزلة ايجاب الملك للمقر له ابتداء ولهذا لا تستحق به الزوائد المنفصلة فيتمكن القاضي من القضاء بملك حادث بعد الشراء والثاني ان هذه البينة تقوم على ابطال تصرف المسلم من البيع والهبة (ألا ترى) أن الشهود لو كانوا مسلمين بطل بها تصرف البائع والواهب وشهادة الكفار على ابطال تصرف المسلم لا تقبل بخلاف الاقرار فانه لا يتضمن ابطال تصرف المالك ولكن المقر يصير مبلغا باقراره واتلافه لا يتضمن انتقاض قبضه وبطلان تصرف البائع فأما هنا بهذه البينة تصير يد الكافر مستحقة من الاصل وبهذا الاستحقاق يفوت قبضه ضرورة وفوات القبض المستحق بالعقد يبطل التصرف ولو مات كافراً وترك ابنين وألفي درهم فاقتسماها ثم أسلم أحدهما فشهد كافران على أبيهما بدين أخرت ذلك في حصة الكافر خاصة لان شهادة الكافر حجة على الكافر دون المسلم وبثبوت الدين على الميت يستحق تركته وتركته مال الابنين في الحال فيثبت الدين بهذه الحجة في استحقاق نصيب الكافر من التركة دون نصيب المسلم كما لو أقر أحد الابنين بالدين على الاب وجحد الآخر ولو مات كافر فادعى مسلم وكافر دينا عليه وأقام كل واحد منهما بينة من أهل الكفر أخذت ببينة المسلم وأعطيته حقه فان بقي شيء كان للكافر وروي الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمهما الله ان التركة تقسم بينهما على مقدار دينهما لان كل واحد منهما يثبت ببينته دينه على الميت فان أقام كل واحد منهما حجة على الميت فكان الدينين يثبت باقرار الميت بخلاف ما تقدم فان الوارث مستحق عليه باعتبار الحال فاما كل واحد من الفرعين لا يستحق على صاحبه شيئا وانما يستحق كل واحد منهما على الميت وعلى ورثته ووجه ظاهر الرواية ان دين المسلم ثبت في حق الميت وفي حق غريم الكافر ودين الكافر ثبت في حق الميت ولم يثبت في حق الغريم المسلم لان بينته ليست بحجة في حقه والمزاحمة بينهما لا تكون الا عند المساواة ولا مساواة بينهما اذا كان دين أحدهما ثابتا في حق الآخر ودين الآخر ليس بثابت في حقه فهو بمنزلة الدين المقر به في الصحة مع الدين المقر به في المرض تقدم دين الصحة فان فضل شيء فهو للمقر له في المرض فهذا مثله ولو مات الكافر فأوصي الي رجل مسلم فادعى رجل على الميت دينا وأقام شهوداً من أهل الكفر جازت شهادتهم استحسانا وفي القياس لا تقبل لانها لا تقوم على المسلم في الزام قضاء الدين فالوصي يلزمه قضاء الدين والتركة في يده في الحال فبهذه البينة تستحق عليه يده وشهادة الكفار في ذلك ليست بحجة كما لو كان الوارث مسلما * ووجه

الاستحسان ان الثابت بهذه الشهادة تصرف وليه الكافر وشهادة الكفار حجة في ذلك والوصي نائب عنه بعد موته فيكون بمنزلة الوكيل فى حياته ولو وكل كافر مسلما بخصومة فشهد عليه كافران بالدين قبلت البينة * يوضحه ان قضاء الدين من حق الميت وهو انما نصب الصبي ليتدارك به مافرط فى حياته وانما يتم له هذا المقصود اذا اعتبرنا حاله فيما يقام عليه من الحجة لاحال الوصى فكذلك تجوز شهادة الكافر على المكاتب الكافر والعبد المأذون الكافر وان كان مولاه مسلما يتصرفان لانفسهما ولهذا لا يرجعان بعهدة التصرف على أحد فالاستحقاق بهذه الشهادة يقتصر عليهما ثم المولي بالاذن وايجاب الكتابة فقد صار راضيا بالاستحقاق عليهما بشهادة الكفار لما باشر العقد مع علمه بحالهما كما صار راضيا باستحقاق الكسب باقرارهما ولو كان العبد المأذون له مسلما ومولاه كافرا لم تجز شهادة الكفار علي العبد لانه يقوم الاستحقاق على المسلم ولو وكل كافرا مسلما بشراء أو بيع لم يجز على الوكيل فى ذلك شهادة الكفار لان الوكيل بالشراء والبيع فى حقوق العقد كالعاقد لنفسه فانما تقوم هذه البينة علي المسلم ولو وكل مسلم كافرا بذلك جازت شهادة الكفار على الوكيل لانه بمنزلة العاقد بنفسه ثم ايجابه العقد كلامه فيثبت بهذه الشهادة كاقراره ولو شهد على اقراره بذلك قبلت الشهادة وجعلت بمنزلة مالو ثبت اقراره بالمعاينة فكذلك اذا شهد على العقد والله أعلم بالصواب

باب شهادة النساء

(قال رحمه الله ولا تجوز شهادة النساء وحدهن الا فيما ينظر اليه الرجال الولادة والعيب يكون فى موضع لا ينظر اليه الا النساء) لان الاصل أن لا شهادة له للنساء فانهن ناقصات العقل والدين كما وصفهن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبالنقصان يثبت شبهة العدم ثم الضلال والنسيان غلب عليهن وسرعة الانخداع والميل الى الهوي ظاهر فيهن وذلك يمكن تهمة فى الشهادة وهى تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فلا تكون شهادتهن على الانفراد حجة تامة لذلك ولكنا تركنا القياس فيما لا يطلع عليه الرجال بالأثر وهو حديث مجاهد وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح وطاوس رضى الله عنهم قالوا قال يارسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولان الضرورة تتحقق

فى هذا الموضع فانه يتعلق به أحكام يحتاج الى بيانه في مجلس القاضى ويتعذر اثباته بشهادة الرجال لانهم لا يطلعون عليه فلا بد من قبول شهادة النساء فيه لان الحجة لاثبات الحقوق مشروعة بحسب الامكان ثم يثبت ذلك بشهادة امرأة واحدة اذا كانت حرة مسلمة عدلا عندنا والمثنى والثلاث أحوط وعند الشافعى لاتثبت الا بشهادة أربع نسوة وعند ابن أبى ليلى شهادة امرأتين فالشافعي يقول كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد فى الشهادة كما فى المذكورات فشهادة أربع نسوة بمنزلة شهادة رجلين فيما يطلع عليه الرجال * توضيحه أن حال الرجال فى الشهادة أقوي من حال النساء واذا كان لا يجوز اثبات شيء مما يطلع عليه الرجال بشهادة رجل واحد لمعنى الالزام فلان لايجوز اثباته بشهادة امرأة واحدة أولى ولا معنى لقول من يقول أن هذا خبر وليس بشهادة فان الحرية فيه شرط بالاتفاق قال فى الكتاب لو شهدت أمة أو كافرة لا تقبل وكذلك لفظ الشهادة لا بد منه فعرفنا أنه بمنزلة الشهادة فى الحقوق وبهذا يستدل ابن أبى ليلى رحمه الله أيضا الا أنه يقول المعتبر في الشهادات شيئان العدد والذكورة وقد تعذر اعتبار أحدهما وهو الذكورة هنا ولم يتعذر اعتبار العدد فيبقى معتبرا كما في سائر الشهادات ولا معنى لقول من يقول ان نظر الواحدة أخف من نظر المثنى لانه بالاتفاق المثنى والثلاث أحوط فلو كان هذا معتبرا لما جاز النظر الا لامرأة واحدة * وحجتنا فى ذلك حديث حذيفة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة على الولادة وقال شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال والنساء اسم جنس فيدخل فيه أدنى مايتناوله الاسم والمعنى فيه أن هذا خبر لا يشترط فى قبوله الذكورة ولا يشترط فيه العدد كرواية الاخبار وحقيقة المعنى فيه أن نظر الرجال الى هذا الموضع غير متعذر ولا ممتنع ولكن نظر الجنس الى الجنس أخف فاذا أمكن تحصيل المقصود بشهادة النساء سقط اعتبار صفة الذكورية لهذا المعنى وهذا موجود فى العدد فان نظر الواحدة أخف من نظر الجماعة فسقط اعتبار العدد بالمعنى الذى يسقط اعتبار الذكورة ولهذا لا يسقط اعتبار الحرية فيه لان نظر المملوكة ليس بأخف من نظر الحرة ولهذا لا يسقط اعتبار الاسلام فيه لان نظر الكافرة ليس بأخف من نظر المسلمة فينعدم من الشرائط مايمكن اعتباره ولايعتبر مالا يمكن اعتباره فعلى هذا الحرف نسلم أنه شهادة ولكن يدعي أنه سقط اعتبار العدد فيه بالمعنى الذى يسقط اعتبار الذكورة وفى الحاصل هذا أحد شبهها من الاصلين من الشهادة لمعنى الالزام ومعنى الاخبار لان صفة الذكورة

فيه لاتشترط فوفرنا خطه على الشبهين وقلنا الشبهه بالاخبار يسقط اعتبار العدد فيه شرطا ويبقى معتبرا احتياطا كما فى رواية الاخبار الواحد يكفى والمثنى والثلاث أحوط لزيادة طمأنينة القلب ولاعتباره بالشهادات فيه شرطنا الحرية والاسلام ولفظ الشهادة وهذا لانه مختص بمجلس القاضى فلهذا يشترط فيه لفظ الشهادة ولم يذكر فى الكتاب أنه لو شهد بذلك رجل بأن قال فأجأتها فاتفق نظرى اليها والجواب أنه لايمنع قبول الشهادة اذا كان عدلا فى هذا الموضع ثم الصحيح أنه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهاد المرأة فاذا كان ثبت المشهود به هنا بشهادة امرأة واحدة فشهاد رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله أنه قال وان قال تعمدت النظر تقبل شهادته فى ذلك كما فى الزنا واستدلوا عليه بقول أبى حنيفة رحمه الله أن النسب لايثبت الا بشهادرجلين أو رجل وامرأتين على الولادة ان لم يكن هناك حبل ظاهر ولافراش قائم ولااقرار الزوج بالحبل وقد بينا هذا فى كتاب الطلاق فاما الاستهلاك فانى لاأقبل فيه شهادة النساء عليه الا فى الصلاة عليه فأما فى الميراث فلا أقبل فى ذلك أقل من رجلين أو رجل وامرأتين فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تقبل فى ذلك شهادة امرأة واحدة حرة مسلمة عدل لحديث علي رضى الله عنه انه أجاز شهادة القابلة فى الاستهلال والمعنى فيه ان استهلال الصبي يكون عند الولادة وتلك حالة لا يطلع عليها الرجال وفى صوته عند ذلك من الضعف ما لا يسمعه الا من شهد تلك الحالة وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجل كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه ولهذا يصلى عليه بشهادة النساء فكذلك يرث وأبو حنيفة رحمه الله يقول الاستهلال صوت مسموع وفي السماع من جال يشاركون النساء فاذا كان المشهود به مما يطلع عليه الرجال لا تكون شهادة النساء فيه حجة تامة وان وقع ذلك فى حالة لايحضرها الرجال كالشهادة على جراحات النساء فى الحمامات بخلاف الولادة فهو انفصال الولد من الام والرجال لايشاركون النساء فى الاطلاع عليه وحديث على رضى الله عنه محمول علي قبول شهادة النساء فى الصلاة وانما قبلنا ذلك فى حق الصلاة عليه لان ذلك من أمر الدين وخبر المرأة الواحدة حجة تامة فى ذلك كشهادتهما على رؤية هلال رمضان بخلاف الميراث فانه من حقوق العباد فلا يثبت بشهادة النساء فى موضع يكون المشهود به مما يطلع عليه الرجال والله أعلم

باب شهادة الزور وغيرها

(قال رحمه الله ذكر عن شريح رحمه الله انه كان اذا أخذ شاهد الزور بعث به الى أهل سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا فيقول ان شريحا رحمه الله يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس) وبهذا أخذ أبو حنيفة رحمه الله فقال القاضي يكتفي في شهادة الزور بالتشهير ولا يعزره وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطا وقال أبو يوسف بعد ذلك يبلغ بالتعذير خمسة وسبعين سوطا وقد بينا الكلام في مقدار التعذير في كتاب الحدود فأما الكلام في التعزير في حق شاهد الزور فهما استدلا بحديث عمر رضي الله عنه حيث قال في شاهد الزور يضرب أربعين سوطا ويسخم وجهه ويطاف به الا ان الدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه فان ذلك مثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور فبقي حكم التعزير والتشهير بأن يطاف به ثم التشهير لاعلام الناس حتى لا يعتمد واشهاده بعد ذلك والتعزير لارتكابه كبيرة فشهادة الزور من أعظم الكبائر فانها عدلت بالشرك بالله تعالى قال الله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وفيه اشارة الى عظم حرمة المسلم فقد جعل الله تعالى الشهادة عليه بالزور كالشهادة على نفسه بالزور واذا ثبت أنه مرتكب للكبيرة قلنا يعذر على ذلك وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بقول شريح رحمه الله فانه كان قاضيا في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما فما يشتهر من قضاياه كالمروي عنهما ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك من حقهم فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك واقراره على نفسه بذلك دليل توبته فلهذا لا يعزر ويكتفي بالتشهير ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته لان بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيرا لائقا بجريمته فيكتفى به وما نقل عن عمر رضي الله عنه محمول على معنى السياسة اذا علم الامام انه لا ينزجر الا به (ألا ترى) انه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة اذا علم المصلحة فيه فكذلك التقرير (قال) وشاهد الزور عندنا المقر على نفسه بذلك لانه لا تتمكن تهمة الكذب في اقراره على نفسه فلا طريق الى اثبات ذلك بالبينة عليه لانه نفي لشهادته والبينة حجة الاثبات دون النفي وكذلك من ردت شهادته

لتهمة أو للدفع عن نفسه أو بالاختلاف في الشهادة أو بتكذيب الذى شهد له فانه لا يكون شاهدا لزور فيما ذكرنا من الحكم لانى لاأدرى أيهما الصادق المشهود له أو الشاهد فلعل المشهود له أراد بالشاهد العقوبة والتهمة فقصر فى دعواه عما شهد به شاهده وكذلك من ردت شهادته للتهمة فلعله صادق فى شهادته واذا اختلف الشاهدان في الشاهدة فلا يعرف الكاذب منهما فلهذا لا يعزر واحد من هؤلاء والرجال والنساء وأهل الذمة في شهاده الزور سواء لقيام الاهلية في حقهم جميعا فيما تعلق بشهادة الزور واذا شهد أحد الشاهدين علي قتل أو جراحة عمداً أوخطأ وشهد الآخر علي الاقرار بذلك لم تجز شهادتهما لاختلاف المشهود به فأحدهما يشهد بفعل معاين والآخر يقول مسموع والقول غير الفعل وكذلك لو اختلفا فى الوقت أو فى المكان الذي كان به القتل فأما في البيع اختلاف الشهود فى المكان والزمان والانشاء والاقرار لا يمنع قبول الشهادة الا علي قول زفر رحمه الله فانه يقول لا تقبل لاختلافهما في المشهود به فالموجود فى مكان غير الموجود فى مكان آخر كالافعال ولكنا نقول القول يعاد ويكرر ويكون الثانى هو الاول فى الحكم فبهذا الاختلاف لا يتحقق بينهما اختلاف فى المشهود به وكذلك صيغة الاقرار والانشاء فى البيع واحدة بخلاف الافعال فانها لا تحتمل التكرار ولو شهد أحدهما في قرض مائة درهم وشهد الآخر على الاقرار بذلك جاز كما فى البيع لان البيع والقرض كلام كله وقال بعضهم هنا الجواب في القرض غلط فان الاقراض فعل فانه لا يتحقق الا بتسليم المال والقبض بحكم القرض موجب ضمان المثل كالغصب وكما ان اختلاف الشهود في الغصب فى الاقرار والانشاء يمنع قبول الشهادة فكذلك فى القرض ولكن ماذكره في الكتاب أصح لان حكم القرض انما يثبت بقوله أقرضتك لا بتسليم المال اليه فان تسليم المال اليه بدون هذا القول يكون ايداعا وقوله أقرضتك صيغة الاقرار والانشاء فيه واحد كما في البيع ولو شهد أحدهما على مائة والآخر علي خمسين لم تقبل هذه الشهادة في قول أبى حنيفة رحمه الله لاختلاف الشاهدين فى المشهود به لفظا وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل علي الاقل اذا كان المدعى يدعى الاكثر حتى لا يصير مكذبا أحد شاهديه وقد بينا فى كتاب الطلاق فى التطليقة والتطليقتين ولا يجوز شهادة دافع عن نفسه مغرما أو جار اليها مغنما لانه متهم في شهادته وقال صلي الله عليه وسلم لاشهادة لمتهم ولانه فى معنى الشاهد لنفسه وشهادة المرء لنفسه دعوى ولا تجوز شهادة المفاوض لشريكه فى شئ ما خلا

الحدود والقصاص والنكاح فذلك ليس من شركة ما بينهما فنزل كل واحد منهما في المشهود به من صاحبه منزلة الاجنبي وأما في الاموال هما بعقد المفاوضة صار فى ذلك كشخص واحد فكل واحد منهما فيما يشهد به لصاحبه بمنزلة الشاهد لنفسه وشهادة الشريك لشريكه وان كانا غير متفاوضين لاتجوز فى تجارتهما للتهمة لان فيما يكون من تجارتهما الشاهد يثبت الحق لنفسه وصاحبه كالوكيل عنه فهو كشهادة الموكل لوكيله فيما وكله به فأما فيما ليس من تجارتهما فهو كسائر الاجانب لان تهمة الميل بسبب عقد الشركة لا تتمكن عند ظهور العدالة فان بسبب الشركة يحصل بينهما الصداقة والصديق اذا كان عدلا عاقلا يمنع صديقه من أكل الحرام ولا يحمله علي ذلك بالشهادة وكذلك شهادة أجير أحد الشريكين للشريك الآخر وشهادة الاجير لاستاذه لاتجوز في شئ وان كان عدلا أخذ في ذلك بالثقة واستحسن لما بلغنا فى ذلك عن شريح رحمه الله ولحالة الناس التي هم عليها اليوم والمراد الاشارة الي التهمة فالاجير هنا هو التلميذ الخاص وقد ظهر مثله الى استاذه وايثاره علي غيره فكان بمنزلة الزوجية في المنع من قبول الشهادة ولانه هو الذى يقبض ما يجب لاستاذه فكأنه يثبت حق القبض لنفسه بشهادته وقد ورد الحديث بأن لاشهادة للقانع بأهل بيته ومعنى ذلك انه يمد خيرهم خير نفسه وشرهم شر نفسه والاجير فى حق استاذه بهذه الصفة وقيل مراده أجيراً استأجره مسانهة أو مشاهرة فانما يستوجب الاجر بتسليم نفسه وفى الزمان الذى يسلم نفسه لاداء الشهادة له يستوجب الاجر فكان بمنزلة من استؤجر على أداء الشهادة فلهذا لا تقبل شهادته لاستاذه فى شئ ولو ان رجلا كان عليه مال فشهد ابناه ان الطالب أبرأ أباهما واحتال به على فلان والطالب منكر لم تجز شهادتهما لانهما يسقطان بشهادتهما مطالبة الطالب عن أبيهما فدفعهما عن أبيهما كدفعهما عن أنفسهما ولو كان المال على غير أبيهما فشهدا أن الطالب احتال به على أبيهما والطالب ينكر والمطلوب يدعى الحوالة والبراءة جازت شهادتهما لانهما يشهدان علي أبيهما بالمال ويلزمانه المطالبة بشهادتهما وانما يسقطان بها مطالبة الطالب عن المطلوب وهو أجنبي عنهما فلهذا قبلنا شهادتهما ولو شهد رجلان أن لهما ولفلان على فلان كذا لم تجز شهادتهما لانهما شاهدان لانفسهما وهذا لانهما يشهدان بدين مشترك أو بنصرف واحد يثبت به المال لهما ولفلان فاذا لم تقبل شهادتهما في حق أنفسهما وكان مدعيين في ذلك فكذلك في حق الثالث كما لو شهدا أنه قذف هذا وأمنا في كلمة واحدة وكذلك لو شهدا أن فلانا ابرأهما

وفلانا من مال كان له عليهما وعليه لان المشهود به كلام واحد وهو فى حقهما دعوى لا شهادة وبين الدعوي والشهادة مغايرة فاذا كان كلامهما دعوى فى البعض لا تكون شهادة معتبرة فى الباقى وكذلك شهادة ولدها لانهما فى البعض يشهدان لوالدتهما ولا تجوز شهادة الاجير لمعلمه يريد به التلميذ وقد بينا المعنى فيه واذا ادعي رجل دابة فى يد رجل فقال هى دابة فلان دفعها الى وديعة فردها عليه وجاء أحد الورثة تخاصمه فى ذلك وقال هى دابتى تصدق بها على أبى فجاء الذى كانت في يده أولا وشهد أنها دابته (قال) ان كان يعلم ان هذا أودعها أباه ثم ردها عليه فشهادته جائزة والا فلا تجوز شهادته لان هذا دافع مغرم ومعنى هذا انه اذا علم أنه هو الذي أودعها اياه وانه قد ردها عليه فقد خرج من ضمانها بيقين لان المستودع يستفيد البراءة بالرد علي من أودعه غاصبا كان أو مالكا فلا تتمكن تهمة فى شهادته بالملك للمدعي بعد ذلك وأما اذا لم يعلم ذلك فقد صار هو مقراً علي نفسه بثبوت يده عليها وذلك موجب للضمان عليه لمالكها مالم تصل يده اليها فهو بهذه الشهادة يريد اتصالها الى يده ليبرئ نفسه عن ضمانها فتتمكن تهمة فى شهادته (قال) وكذلك الدار قيل هذا علي قول من يقول العقار يضمن بالغصب وقيل بل هو قول الكل لانه يخاف أن يرفع الى قاض يرى العقار كالمنقول فى ايجاب الضمان على مثبت اليد عليها فيقضى عليه بالضمان فهو بهذه الشهادة يدفع المغرم على نفسه أيضا. رجل معه شاة فر رجل فقال اذبحها فذبحها ثم جاء رجل فأقام البينة ان هذا أغصبها منه وأقام شاهدين أحدهما الذابح لم تجز شهادة الذابح لانه دافع المغرم عن نفسه فالمدعى اذا ثبت ملكه يتمكن من تضمين الذابح والذابح بشهادته يصير مقراً بالضمان له عن نفسه فانما يقصد باخراج الكلام مخرج الشهادة دفع المغرم عن نفسه بان يتوصل صاحبها الى حقه في تضمين الغاصب ولان ضمان الغصب اذا تقرر أوجب الملك للغاصب فهو بهذه الشهادة يريد أن يقرر الضمان على من أمره بالذبح ليثبت الملك له فيعتبر عند ذلك أمره فى اسقاط الضمان عن الذابح فكان دافع المغرم من هذا الوجه والثانى يحتمل ان المالك غيره وغيره يضمنه وهو لا يضمنه باعتبار ان بينهما محبة ومودة فقد تمكنت التهمة فى هذه الشهادة (قال) ومن التهاتر أن يشهد الشاهد ان ان هذا الشئ لم يكن له لان هذا نفى والشهادة للاثبات دون النفى فان النفى مما لا يعرف لان الانسان مالم يصحب غيره آناء الليل وأطراف النهار لا يعلم ان هذا الشئ ليس له وهو وان صحبه لا يعلم ذلك أيضا فقد لا يعرف الانسان ذلك من نفسه بأن يكون ورث شيئا فيكون

مملوكا له وهو لا يعلم بذلك فاذا كان لا يعرف هذا من نفسه فكيف يعرف غيره منه وكذلك لو شهد أنه لم يكن لفلان على فلان دين لانه لا طريق الى معرفة ماشهد به من نفى الدين عن ذمته وكذلك كل شهادة هكذا أنها لم تكن وان فلانا لم يصنع كذا وانه لم يحضر مكان كذا وان كان بمكان كذا فهو كله باطل لان القاضى يعلم أنه مجازف فى شهادته اذلا طريق له الى معرفة ذلك حقيقة فاذا علم الحاكم ان الشاهد كاذب أو مجازف في شهادته لا تقبل شهادته وكذلك قولهم انه لم يحضر يومئذ ذلك المكان فهذا نفى وكذلك قولهم انه كان يومئذ بمكان كذا وكذا لان المقصود ليس هو اثبات كونه فى ذلك المكان وانما المقصود نفى كونه فى المكان الذى يدعيه المدعى يومئذ والمعتبر ما هو المقصود أو من التهاتر ان يقيم الرجل البينة على حق فيقضى له به فيقول المقضي عليه أنا أقيم بينة أنه لى فهذا لا يقبل منه لانه يقيم البينة لابطال قضاء القاضى عليه ودعواه ذلك غير مسموع فكيف تقبل بينة عليه وهذه البينة لو كانت قائمة له عند القضاء يمتنع القاضى من القضاء للمدعى فلان لا يبطل القضاء بها أولى (قال) ولو قبلت مثل هذا البينات من الآخر مثلها فيؤدى الى مالا يتناهى وذكر فى الاصل المسئلة التى بيناها فى كتاب الحدود اذا شهد أربعة على شهود الزنا أنهم الزماه وقد بيناها ثمة والله أعلم

باب الشهادة فى النسب وغيره

(قال رحمه الله واذا شهد شاهدان على رجل انه فلان ابن فلان الفلانى وان الميت فلان ابن فلان ابن عمه وورثته لا يعلمون له وارثا غيره ولفلان ذلك الميت دار فى يد رجل وهو مقر أنها له غير أنه لا يعرف له وارثا فانا أجيز شهادة هؤلاء على النسب وأدفع اليه الدار وان كانوا لم يذكروا أباه استحسانا) وهذه فصول أربعة النسب والنكاح والقضاء والموت وفى القياس لا تجوز الشهادة فى شئ منها بالتسامع لان الشهادة لا تجوز الا بعلم وانما يستفيد العلم بمعاينة السبب أو بالخبر المتواتر فاما بالتسامع لا يستفيد العلم وقال الله تعالى ولا تقف ماليس لك به علم وحكم المال أخف من حكم النكاح فاذا كانت الشهادة على المال بالتسامع لا تجوز ففى النكاح أولى وفى التسامع القاضى والشاهد سواء ثم لا يجوز للقاضى أن يقضي بالتسامع فكذلك لا يجوز للشاهد الا أنا استحسنا جواز الشهادة على هذه الاشياء الاربعة لتعامل الناس في ذلك

واستحسانهم (ألا ترى) انا نشهدان عمر بن الخطاب وعلى ابن أبى طالب رضي الله عنهما ماتا ولم ندرك شيئا من ذلك ونشهد أن فاطمة رضي الله عنها زوجة على رضى الله عنه وان اسما بنت أبى بكر رضي الله عنه ونشهد ان شريحا رضى الله عنه كان قاضيا ونشهد أنهم قد ماتوا ولم ندرك شيئا من ذلك ثم هذه أسباب يقضون بها على ما يشتهر فان النسب يشتهر فيها بالتهنئة والموت بالتعزية والنكاح بالشهود والوليمة والقضاء بقراءة المنشور فنزلت الشهرة منزلة العيان فى افادة العلم بخلاف الاموال وغيرها * يوضحه ان هذه الامور قل مايعاين سببها حقيقة فسبب النسب الولاة ولا يحضرها الا القابلة وسبب القضاء تقليد السلطان ولا يعاين ذلك الا الخواص من الناس والميت أيضا قل ما يعاينه كل أحد والنكاح كذلك انما يحضره الخواص من الناس فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع أدى الى الحرج بخلاف البيوع وغيرها فانه كلام يسمعه كل واحد وسبب الملك هو اليد وهو مما يعاينه كل أحد والنكاح كذلك انما يحضره الخواص فلهذا لاتجوز الشهادة عليها بالتسامع ثم الاحكام التى تتعلق بهذه الاشياء الاربعة تبقى بعد انقضاء قرون فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع لتعطلت تلك الاحكام بانقضاء تلك القرون ولهذا قلنا في الصحيح من الجواب ان الشهادة على أصل الوقف بالتسامع جائزة ولكن علي شرائط الوقف لاتجوز الشهادة بالتسامع لان أصل الوقف يشتهر فأما شرائطه لاتشتهر ولا بد للشاهد من نوع علم ليشهد فان كان الشاهد لا يعرف الرجل الا أن المدعي أخبره بذلك أو شهد به عنده رجل ما ينبغى له أن يشهد حتى يكون النسب مشهورا أو شهد به عنده رجلان عدلان لئلا يقول المدعى بشهادة رجل واحد عنده لا يحصل الاشتهار ولا يتم شرعا وانما ثبت له العلم هنا بالاشتهار عرفا أو شرعا فالاشتهار عرفا بأن يعلمه أكثر الناس والاشتهار شرعا بشهادة رجلين (ألا ترى) ان الاعلان فى النكاح شرط ويكون ذلك شرعا بشهادة رجلين الا ان فيما يتردد بين الصدق والكذب لا بد من عدالة الرجلين كما فى الشهادة عند القاضى فاذا شهد بذلك عنده رجلان فقد وجد الاشهاد عنده شرعا وولاية الشهادة دون ولاية القضاء فاذا كان يجوز للقاضى أن يقضى بشهادة رجلين عنده فلان لايجوز له اذا شهد عنده به رجلان عدلان أولى ولو قدم عليه رجل من بلد آخر وانتسب له وأقام معه دهرا لم يسعه أن يشهد على نسبه حتى يلقى من أهل بلده رجلين عدلين ممن يعرفه يشهدان له على ذلك ثم يسعه الشهادة عليه لانه يحصل له بذلك نوع علم وذلك كاف فيما لا يشترط

عليه معاينة السبب ولو نظر الى رجل مشهود باسمه ونسبه غير انه لم يخالطه ولم يتكلم معه وسعه أن يشهد انه فلان ابن فلان لحصول نوع علم له بالاشتهار وكذلك اذا رأى انسانا في مجلس القضاء يقضي بين المسلمين فهو في سعة من الشهادة على انه قاضيا لحصول العلم له بذلك الاشهاد والشهادة انما تجب عليه بالعلم لا بالتكلم والمخالطة فاذا حصل العلم له بالاشهاد حل له أداء الشهادة ولو مات رجل فأقام آخر البينة أن الميت فلان ابن فلان وانه فلان ابن فلان حتى يلتقوا الى أب واحد وهو عصبته وأقاربه لا يعلمون له وارثا غيره قضيت له بالميراث لانه أثبت سبب الوراثة مفسراً بالحجة فان جاء آخر وأقام البينة أن الميت ابنه ولد على فراشه وان هذا أبوه لا وارث له غيره جعلت الميراث لهذا وأبطلت القضاء الاول لان البينة الثانية طاعنة في البينة الاولى دافعة لما فانه يتبين بها أن الاول لم يكن خصما في اثبات نسب الميت وانه كان محجوبا عن الميراث بمن هو أقرب منه ولا تقبل البينة من غير خصم فلهذا يبطل القضاء الاول وان أقام الثاني البينة ان الميت فلان ابن فلان ونسبه الى أب آخر وقبيلة أخرى وانه فلان ابن عمه الى أب واحد لا وارث له غيره لم أحول النسب بعد أن ثبت من فخذ ومن أب الى أن يجيء من هو أقرب من الذي جعلت له الميراث لان البينة الثانية ليست بطاعنة في الاولى ولكنها معارضة للاولى وعند المعارضة الاولى ترجح الاولى لاتصال القضاء بها فلا تقبل البينة الثانية لان الجمع بينهما متعذر والقضاء النافذ لا يجوز ابطاله بدليل مشتبه وهو كمن ادعى دابة في يد انسان أنها له ثم أقام البينة فقضي القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة أنها له لم يقبل ذلك منه ولو أقام البينة على النتاج قبل ذلك منه لان هذه البينة طاعنة في البينة الاولى دافعة لها وكذلك ان أقام رجل البينة على نكاح امرأة بتاريخ وقضى القاضي له بذلك ثم أقام آخر البينة على نكاحه بذلك التاريخ أيضا لم تقبل ولو أقام البينة على النكاح بتاريخ سابق قبلت بينته لانها طاعنة في البينة الاولى واذا شهد شاهد ان أن هذا أعتق فلانا وانه مولاه وعصبته لا وارث له غيره فان كان قد أدرك المعتق وسمع العتق منه فشهادتهما جائزة وان كان لم يدركاه ولم يسمعا العتق منه لم تجز شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية أبي حفص رحمه الله فلا وهذا قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله فقال اذا شهدوا على ولاء مشهور فهو كشهادتهم بالنسب وان لم يسمعوا ذلك منه ولم يدركوه لان الولاء كالنسب ثم الشهادة على النسب بطريق التسامع والشهرة

جائزة فكذلك على الولاء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرن بينهما فقال الولاء لحمة كلحمة النسب (ألا ترى) انا نشهد ان قنبر مولى علي رضي الله عنه وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما وان لم ندرك ذلك ثم الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد مضي قرن كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم تجز الشهادة عليه بالتسامع تعطلت الاحكام المتعلقة بالولاء والشرع جعل الولاء كالنسب فى حق وجوب الانتماء فقال صلى الله عليه وسلم من انتسب الى غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا * وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان العتق ازالة ملك اليمين بالقول فلا تجوز الشهادة عليه بالتسامع كالبيع وبيانه فيما قررنا ان العتق كلام يسمعه الناس كالبيع وليس كالولادة فلا حاجة الى اقامة التسامع فيه مقام البينة ثم لا يقترن لسبب الولاء مايشتهر به فالانسان يعتق عبده ولا يعلم به غيره فكان هذا دون البيع لان البيع لا ينعقد مالم يعلم به المشتري والعتق نافذ وان لم يعلم المعتق بخلاف الطلاق وما تقدم لانه مقترن بأسبابها مايشتهر من الوجه الذي قررنا وكذلك لو شهدوا ان فلانا أعتق أبا فلان وان فلان ابن فلان عصبة فلان الذي أعتق وعصبة فلان المعتق فاني لا أجيز شهادتهما حتى ينسبا الذي أعتق وعصبته الي أب واحد يلتقيان اليه وان لم يدر كاذلك لم يضرهما بعد أن يشهدا علي سماع العتق من المعتق ثم ان المعتق مات وترك ابنه ثم مات ابنه ولا يعلمان له وارثا غيره وانه لا ينسب له ولا ولاء سواه فحينئذ تقبل شهادتهم لان القاضي لا يقضي بالميراث مالم يفسروا بنسب الوراثة وانما يصير مفسرا معلوما عنده بما ذكر غير ان فى النسب شادتهم بالتسامع مقبولة وفى الولاء لاتقبل شهادتهم مالم يسمعوا العتق من المعتق الا عند أبي يوسف رحمه الله كما بينا قال ولست أكلفهم فى المواريث انه لا وارث له غيره وقال ابن أبي ليلى رحمه الله مالم يشهدوا بذلك لايقضي القاضي بالميراث له لان سبب استحقاقه لا يصير معلوماً للقاضي الا به لجواز أن يكون هناك من يزاحم أو يترجح عليه فلا يكون هو وارثا مع ثبوت ما فسر الشهود من السبب ولكنا نقول قولهم لا وارث له غيره نفي لا طريق لهم الي معرفة ذلك فلو كلفهم القاضي أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططا وحملهم على الكذب واليه أشار فى الكتاب (فقال) من قبل ان هذا عيب يحملهم القاضي عليه أو قال عنت يحملهم القاضي عليه وهو يعلم انهم يشهدون بما لا يعلمون وان قالوا لانعلم له وارثا غيره فهذا يكفي وعلى قول ابن أبي ليلي رحمه الله لا يكفي لان هذا ليس من الشهادة فى

شيء فانهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضي لا يعلم ونحن نسلم ان المشهود به لا يثبت بهذا اللفظ ولكن استحقاق الميراث له بالسبب الذى أثبته الشهود مفسراً الا انهم اذا لم يذكروا هذه الزيادة كان على القاضى أن يتلوم فربما يظهر وارث آخر مزاحم له أو مقدم عليه فهم بهذا اللفظ كفوا القاضى مؤنة التلوم ونظروا فى ذلك لأنفسهم فتحرزوا عن الكذب والمجازفة لانهم لو قالوا لا وارث له غيره كانوا مجازفين فى ذلك فتحرزوا بقولهم لا نعلم له وارثاً غيره وفى الحقيقة مرادهم هو الاول فما يكون من سباب التحرز عن الكذب لا يكون قدحا فى شهادتهم ولو شهدوا انهم لا يعلمون له وارثا بأرض كذا وكذا غير فلان جاز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يجز ذلك فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حتى يقولوا مبهمة لا نعلم له وارثا غيره لان فى تخصيصهم مكانا ايهاما انهم يعلمون له وارثا فى غير ذلك المكان أرأيت لو قالوا لا نعلم له وارثا سواه فى هذا المجلس أكان يقتضي بالميراث لهم وأبو حنيفة يقول هذا اللفظ مبهم للمبالغة في بيان انه لا وارث له غيره ومعناه ان بلده كذا ومولده كذا ومسقط رأسه كذا ولا نعلم له بها وارثا غيره فأحرى أن لا يكون له وارثا آخر فى مكان آخر ثم تخصيصهم هذا المكان بالذكر في هذا اللفظ لغو لأن ما لا يعلم المرء لا يختص بمكان دون مكان فهو وما لو أطلقوا سواء وقولهما ان هذا ايهام فلان كان كذلك فهو مفهوم والمفهوم لا يقابل المنطوق والاصل فى ذلك ما روي ان ثابت بن الدحداح لما مات قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهل قبيلته هل تعرفون له فيكم نسبا قالوا لا الا ان ابن أخت له فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه لابن أخته ابن لبانة بن عبد المنذر رضي الله عنه فقد ذكروا انهم لا يعرفون له فيهم وارثا ونسبا ولم نكانهم أكثر من ذلك ولو ادعى رجلان ولاء رجل واحد فأقام كل واحد منهما بينة انه أعتقه وهو يملكه ولا يعلمون له وارثا غيره جعلت الولاء بينهما والميراث لانهما استويا فى سبب الاستحقاق والولاء إما أن يعتبر بالنسب ولو أقاما البينة على نسبه كان الميراث بينهما لاستوائهما في النسب أو يجعل الولاء كالملك لانه أثر من آثار الملك واذا استويا فى اقامة البينة على الملك يقضي بالملك بينهما نصفان فان أقام أحدهما بينة قبل صاحبه وقضيت له ثم أقام الآخر بعد ذلك بينة لم تقبل منه ولم يشارك الاول لان الولاء كالنسب من حيث انه لا يحتمل النقض والفسخ ولا يحتمل النقل من شخص الي شخص ثم فى النسب اذا ترجحت البينة الأولى بالقضاء لم تقبل الثانية بعد ذلك فكذلك

فى الولاء ولو شهد رجل على رجل ان مولاه اعتق أمه ثم ولدت بعد العتق لستة أشهر من فلان وهو عبد لفلان فقضى القاضى له بالولاء ثم جاء مولى العبد وأقام البينة انه كان أعتق أباه فلانا قبل موته وهو لا وارث له غيره جعلت له الميراث والولاء لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا ذلك حكمنا بجر الولاء الى قوم الأب فكذلك اذا ثبت بالبينة وهذا لانه ليس فى هذه البينة ابطال القضاء الأول فان القضاء الأول كان قضاء بالولاء لمعتق الأم لانه لا ولاء له من قبل الأب وهو صحيح ثم بقى ذلك الولاء عند الموت لعدم الدليل المحول لا لوجود الدليل المنفى فاذا ثبت الثانى الدليل المحول ببينته وجب القضاء بالولاء والميراث له بخلاف الاول فهناك البينة الثانيه تقوم لابطال القضاء الاول بطريق المعارضة وقد بينا ان عند المعارضة الاولى يترجح بالقضاء فان نقض القضاء بدليل محتمل لا يجوز واذا شهدا على موت رجل وأقرأنهما لم يعاينا ذلك لم تجز الا أن يكون مشهور الموت لانه اذ لم يكن مشهورا وأقرانهما لم يعاينا فقد أقر انهما يشهدان بغير علم واذا كان مشهور الموت فانما يشهدان بما يعلمانه بالشهرة وان قالا نشهد بأنه مات أجزت ذلك والا استفسرهما لان مطلق الشهادة يجب حملها على سبب صحيح كما لو شهد بمطلق الملك قبلت شهادتهما ولا يستفسران أنهما يشهدان بذلك بظاهر اليد أو غيره وكذلك ان قال نحن دفناه أو شهدنا جنازته فهذا منهما شهادة بموته لان الحى لا يدفن ولا يصلى على جنازته واذا أخبر الرجل المديون به أو المرأة انه عاين موت فلان فالذى انتهى اليه الخبر فى سعة من يشهد على موته قيل معنى هذا اذا اشتهر عند الناس حتى سمعه الشاهد من واحد بعد واحد فأما اذا لم يسمعه إلا من هذا الواحد فانه لا يجوز له أن يشهد بموته كما فى النسب والنكاح وقد بينا وقيل بل فى الموت يسعه ذلك اذا كان المخبر ثقة موثوقا به لان أمر الناس هكذا يكون فالميت انما يعاينه من يغسله ثم يخبر الناس بذلك فيتعمدون خبره ويعلمون انه صادق فى مقالته فيجوز له أن يعتمد هذا الخبر فى الشهادة على موته واذا جاء موت الرجل من أرض أخرى فصنع أهله ما يصنعون على الميت فانه لا يسع أحد أن يشهد على موته حتى يخبر به من شهده ممن يثق به لان مثل هذا الخبر قد يكون حقا وقد يكون باطلا والغالب عند بعد المسافة أنه باطل فلا يعتمده حتى يخبره من يثق به عن معاينة فاذا أخبره بذلك وسعه أن يشهد (ألا ترى) انه لو مات ميت فأخرجت جنازته حتى يدفن وسع الجيران أن يشهدوا بموته وان لم يعاينوا ذلك لانهم سمعوا

ذلك مما عاين واذا تزوج امرأة نكاحا ظاهرا ودخل بها علانية وأقام معها أياما ثم ماتت فانه يسع الجيران ان يشهدوا على أنها امرأته وان لم يشهدوا النكاح لانه اقترن بالنكاح ما أوجب تشهيره أرأيت لو كان بينهما ولد أما كان يسعهم أن يشهدوا انه ولدهما وان لم يعاينوا الولادة فاذا كان يجوز هذا فيما ينبني على النكاح فكذلك فى النكاح واذا شهد شاهدان أن فلانا مات وترك هذه الدار ميراثا لفلان ابنه هذا لا يعلمون له وارثا غيره ولم يدركوا فلانا الميت فشهادتهم باطلة لأنهم يشهدون بالملك للميت فان الوراثة خلافة فما لم يثبت الملك للميت لا يخلفه وارثه فيه ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع واذا كان القاضى يعلم انهم لم يدركوا فلانا الميت فقد علم انهم جازفوا فى هذه الشهادة وبهذا يستدل أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فى مسئلة الولاء فيقولان ان الولاء بالعتق لا يثبت للمعتق الا أن يكون مالكا فهم يشهدون بالملك له أو لا ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع ولهذا قال كثير من مشايخنا رحمهم الله فى الوقف ان الشهادة عليه بالتسامع ممن لا يدرك الواقف لا تقبل لانه مالم يثبت الملك للواقف لا يثبت الوقف من جهته والشهادة على الملك بالتسامع لا تجوز الا ان أكثرهم على جواز ذلك فى الوقف استحسانا للضرورة الداعية الى ذلك وتحقيق مقصود الواقف وهو التأبيد فى صدقته ولو شهدوا على دار فى يدى رجل أنها دار جد هذا المدعى وخطته وقد أدركوا الجد لم تجز شهادتهما حتى يجيزوا المواريث لان المدعى يحتاج الى اثبات سبب انتقال الملك اليه من الجد وبثبوت الملك للجد لا يحصل هذا المقصود ولا يتمكن القاضى من القضاء له حتى يجيزوا المواريث ولو شهد على اقرار الذى فى يديه انها دار جد هذا أجزت ذلك وجعلتها له ان لم يكن له وارث غيره لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وهذا لان الاقرار موجب بنفسه قبل ان يتصل به القضاء بخلاف الشهادة فانها لا توجب شيئا الا بقضاء القاضى ولا يتمكن القاضى من القضاء الا بسبب ثابت عنده ونظير هذه المسئلة ما بينا فى كتاب الدعوى أنهم اذا شهدوا أنها كانت لأبيه وقد مات أبوه لا يقضى له بشيء الا في قول أبي يوسف الآخر بخلاف ما اذا شهدوا على اقرار ذى اليد بأنها كانت لابيه وكذلك لو شهدوا انها كانت من يد المدعى لا يستحق بهذا شيئا بخلاف ما اذا شهدوا على اقرار ذى اليد انها كانت فى يد المدعى وفي الكتاب أشار الى الفرق وقال اذا أقر ذو اليد بهذا فقد أخرجها من نصيبه فيخرجها من يده الا أن يأتى ببينة بحق له فيها واذا أخرجناها من يده فلا مستحق لها سوى المدعى فتدفع

اليه واذا شهد الشهود بغير اقرار فهم لم يثبتوا للمدعى شيئا اذا لم يجيزوا المواريث اليه وهذا في الحقيقة اشارة الى ما ذكرنا ان الاقرار موجب بنفسه والشهادة لا توجب شيئا بدون قضاء القاضي واذا كانت الدار في يد رجل فأقام ابن أخيه البينة أنها دار جده مات وتركها ميراثا لابن الابن وعمه ولا يعلمون له وارثا غيرهما وان أباه مات وترك نصيبه منها ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره وان أقام الآخر البينة ان أخاه مات قبل أبيه وان أباه قد ورث منه السدس ثم مات أبوه فورثه هذا فاني أقبل شهادة شهود ابن الأخ لانه هو المدعى ومعنى هذا انه هو يثبث الملك لنفسه في نصف الدار ببينته وذو اليد لا يثبت لنفسه شيئا عليه ولكن يبقي ببينته ما أثبت هو من نصف الدار لنفسه والبينات للاثبات لا للنفي *يوضحه انا اذا قبلنا بينة ابن الاخ صار ذو اليد بها مقضيا عليه في نصف الدار واذا قبلنا بينة ذى اليد لا يصير ابن الأخ مقضيا عليه في شيء والقضاء يستدعى مقضيا عليه وكانت بينة ابن الأخ أولى بذلك فان كان لأب الغلام ميراث من تركة سوى الدار لم أقبل بينة واحد منهما على صاحبه لان كل واحد منهما هنا يثبت لنفسه ببينته شيئا في يد ابن الأخ وهو نصف الدار والآخر سدس تركة أخيه التي كانت في يد أبيه بطريق الميراث له من أبيه وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه لو قبلنا بينة صاحبه عليه فاستويا من هذا الوجه والأصل ان كل أمرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معا (ألا ترى) ان الأب والابن اذا غرقا جميعا في سفينة أو وقع عليهما بيت ولا يعلم ايهما مات أولا لم يرث واحد منهما صاحبه فكذلك هنا لما تحققت المساواة بينهما في التاريخ جعلا كأنهما ماتا معا فيكون ميراث كل واحد منهما لابنه فلا يرث كل واحد منهما من صاحبه ولو أقام رجل البينة على ميراث رجل انه مات يوم كذا وهو ابنه لا وارث له غيره وأقامت امرأة البينة انه تزوجها يوم كذا بعد ذلك اليوم ثم مات بعد ذلك فاني آخذ ببينة المرأة لانها تثبت المهر والميراث فلا بد من قبول بينتها على ذلك ثم بينتها طاعنة في بينة الابن على تاريخ الموت فمن ضرورة الحكم بصحة النكاح منه بعد ذلك الحكم بحياته ولو أقامت امرأة أخرى البينة بعد ما قضيت بموته في يوم وورثت امرأته انه تزوجها بعد ذلك الوقت الذى ذكروا فيه موته قبلت ذلك أيضا لان هذه الأخرى مدعية مثبتة المهر والميراث لنفسها ثم بينتها طاعنة في البينة الأخرى على تاريخ الموت ولو كان الوارث أقام البينة ان فلانا قتل أباه يوم كذا قضيت بذلك ثم أقامت المرأة البينة انه تزوجها بعد ذلك اليوم ثم التفت الى بينتها

قال لان القتل حق لازم والموت ليس فيه حق لازم ومعنى هذا الكلام ان الابن باثبات فعل القتل على القاتل يثبت لنفسه موجبه من قصاص أودية فكانت بينته مثبتة وبينه المرأة على النكاح أيضا مثبتة للمهر والميراث لها فلما استويا فى الاثبات وترجحت بينة الابن باتصال القضاء بها لم تقبل بينة المرأة بعد ذلك لان القضاء النافذ لا يجوز ابطاله بطريق المعارضة فاما فى الموت الابن لا يثبت لنفسه في اقامة البينة على تاريخ الموت حقا فان الميراث مستحق له بالموت لا بالتاريخ فانما بقي هو بتلك البينة النكاح بعده وبينة المرأة تثبت وقد بينا ان النافي من البنتين لا يعارض المثبت فيترجح بينتها ويتبين به بطلان الطلاق الاول كما اذا أثبت سبب إرث مقدم على ما قضى القاضى به * يوضح الفرق ان القتل فعل يتعلق به حكم شرعا والفعل لا يتحقق من العبد الا فى زمان فكان الابن متمكنا من اثبات الفعل عليه فى ذلك الزمان بالبينة لاثبات حكمه فأما الموت ليس بفعل من العبد يتعلق به حكم ليتمكن الابن من اثباته في زمان بالبينة وانما يمكنه من اثبات الخلافة لنفسه بعد موته وفى ذلك لا فرق بين موته فى وقت دون وقت ثم الاصل ان بعد المساواة فى الاثبات اذا تيقن القاضي بالكذب فى احدى البينتين وقد اتصل القضاء باحدهما فانه يعين الكذب فى الأخرى (ألا ترى) انه لو قامت عليه بينة انه تزوج هذه المرأة يوم النحر بمكة فقضى القاضي بها ثم شهد شاهدان آخران انه تزوج هذه الأخرى يوم النحر فى ذلك اليوم بخراسان لم تجز الشهادة الثانية لانا نتيقن بكذب أحد الفريقين وقد ترجح جانب الصدق فى البينة الاولى باتصال القضاء بها فيتعين الكذب فى البينة الثانية فكذلك فيما تقدم من مسئلة القتل والله أعلم

باب طعن الخصم فى الشاهد

(قال رحمه الله واذا شهد شاهد ان لرجل حقا من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان فانى لا أقبل شهادتهما حتى أعلم انهما حران) لان الناس أحرار الا في أربعة الشهادة والحدود والقصاص والعقل كذا مروى عن علي رضى الله عنه وتفسيره فى الشهادة هذا وفي الحد اذا قذف انسان ثم زعم القاذف ان المقذوف عبد فانه لا يحد القاذف حتى يثبت المقذوف حريته بالحجة وفى القصاص اذا قطع يد انسان ثم زعم القاطع ان المقطوعة يد عبد فانه لا يقضى بالقصاص حتى يثبت حريته بالحجة وفي القتل اذا قتل انسان خطأ وزعمت العاقلة انه عبد فلان فانه لا

تقضى عليهم بالدية حتى تقوم البينة على حريته وهـذا لان ثبوت الحرية لكل أحد باعتبار الظاهر إما لان الدار دار حرية أو لان الاصل فى الناس الحرية فانهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وقد كان حرين الا ان الظاهر يدفع به الاستحقاق ولكن لا يثبت به الاستحقاق لان الاستحقاق لا يثبت الا بدليل موجب له ويقال ما عرف ثبوته ليس بدليل منفى بل لعدم الدليل المزيل والدليل عليه ان ظاهر اليد يدفع به استحقاق المدعى ولا يستحق به حتى اذا كانت فى يده جارية ولها ولد فى يد غيره لا يستحق ولدها باعتبار يده فيها اذا عرفنا هذا فنقول فى الشهادة اثبات الاستحقاق على المشهود عليه بقول الشاهد الظاهر ولا يكفى لذلك وكذلك فى القدف الزام الحد على القاذف في القصاص وايجاب العقوبة على القاطع وفى القتل ايجاب الدية على العاقلة وذلك لا يكون الا باعتبار الحرية فما لم تثبت الحرية بالحجة لا يجوز القضاء بشيء من ذلك فان قال الشهود نحن أحرار لم نملك قط لم يقبل قولهما حتى يأتيا بالبينة على ذلك وانما أراد به انه لا تقبل شهادتهما فأما فى قولهما انا أحرار لم نملك مصدقان فى حقهما بطريق الظاهر ولكن لا نقضى بشهادتهما حتى يقيم البينة على حريتهما وان سأل القاضي عنهما فاخبراهما حران فقبل ذلك وأجاز شهادتهما كان حسنا لان حريتهما من الاسباب التى تعمل شهادتهما الا بها بمنزلة العدالة فكما أن العدالة تصير معلومة عند القاضي بهذا الطريق فكذلك الحرية قال والباب الاول أحب الي وأحسن يعنى الاثبات بالبينة لان الاهلية للشهادة لا تثبت بدون الحرية وتثبت بدون العدالة ولان الحرية والرق من حقوق العباد تجرى فيهما الخصومة وطريق الاثبات فى مثله البينة فأما العدالة لا تجرى فيها الخصومة فيمكن معرفتها بالسؤال عن حاله والحاصل ان الحرية فى هذه الحالة أخذت شبهين من أصلين من العدالة لانها من أسباب قبول الشهادة ومن الملك لانها لا تجرى فيها الخصومة وفيها حق العباد فيوفر حظه عليهما فلشبهها بالعدالة تصير معلومة بالسؤال ولشبهها بالملك تصير معلومة بالبينة وهذا الوجه أقوي وأحسن لان الحرية تصير مقضيا بها ولو قالا قد كنا عبدين فأعتقنا المولى لم نصدقهما الا ببينة لان الملك يثبت للمولى عليهما باقرارهما وازالة الملك الثابت لا يكون الا بحجة البينة فان جاء بالبينة على ذلك قبلت ذلك وأعتقهما وان كان المولى غائبا لان المشهود عليه انتصب خصما عن المولى فانه لا يتمكن من دفع المشهود به عن نفسه الا بانكار حريتهما والاصل ان حق الحاضر متى كان متصلا بحق الغائب فان الحاضر ينتصب خصما عن الغائب ومتى

قضي القاضي بالبينة علي خصم حاضر فذلك قضاء علي من انتصب لهذا الحاضر خصما عنه فاذا جاء المولى وانكر ذلك لم يلتفت الى انكاره وكان من القضاء بالعتق ماضيا لان الحاضر بمنزلة الوكيل عن الغائب وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقضى بالعتق حتي يحضر المولى ويقام عليه البينة لان المعتق مدعى عليه واستدل علي زفر رحمه الله بما قال أرأيت لو ادعى قتل رجل أنه قطع يده عمدا أو الدعى عليه قذفا وميراثا وأقام البينة أن مولاه أعتقه وان هذا قطع يده بعد ذلك أو قذفه ألم أحكم عليه بما حكم به الحر على الحر فيكون ذلك قضاء على مولاه وان كان غائبا وكذلك لو أقام رجل البينة على عبد أن مولاه أعتقه وانه قطع يده بعد ذلك لو استدان منه دينا أو باعه أجزت ذلك وان جاء المولى فانكر عتقه لم أكلفه اعادة البينة وزفر رحمه الله في هذا كله مخالف الا أن من عادة محمد رحمه الله الاستشهاد بالمختلف على المختلف لايضاح الكلام والله أعلم بالصواب

باب الشهادة فى الشراء والبيع

(قال رحمه الله واذا ادعى رجل شراء دار فى يد رجل وشهد شاهدان وان لم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة) لان الدعوي ان كانت بصفة الشهادة فهى فاسدة وان كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم تشهد بما الدعاه المدعى ثم القاضى يحتاج الى القضاء بالعقد ويتعذر عليه القضاء بالعقد اذا لم يكن الثمن مسمى لانه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فكذلك لا يظهر بالقضاء بدون تسمية الثمن ولا يمكنه أن يقضى بالثمن حين لم تشهد به الشهود وكذلك لو سمى الثمن واختلفا فى جنسه أو فى مقداره لان المدعى يكذب أحدهما لا محالة ولان كل واحد منهما يشهد بعقد غير مايشهد به صاحبه فالبيع بالدنانير غير البيع بالدراهم ولا يتمكن القاضى من القضاء بواحد من العقدين لانعدام شهادة شاهدين عليه وكذلك اذا شهد أحدهما بالبيع بألف والآخر بالبيع بالف وخمسمائة ويستوى ان كان البائع هو المدعى للبيع أو الشراء وفى الخلع ان كانت المرأة هى التى تدعى فكذلك الجواب لانها تكذب أحد الشاهدين وان كان الزوج هنا المدعى فى الخلع فشهد أحد الشاهدين على الف والآخر على الف وخمسمائة فشهادتهما مقبولة فى مقدار الالف لان الفرقة وقعت باقرار الزوج وهذا منه دعوى الدين عليها فى الحاصل وقد اتفق الشاهدان على الالف لفظا

ومعنى وفي النكاح لو كان الزوج هو المدعى للعقد فالشهادة لاتقبل لان النكاح بالف غير النكاح بالف وخمسمائة والزوج يكذب أحد شاهديه وان كانت المرأة هى التى تدعى النكاح بالف وخمسمائة فعند أبي حنيفة رحمه الله تقبل شهادتهما على مقدار الالف لان دعواها دعوي المال وقد اتفق الشاهدان علي الالف لفظا ومعنى كما في الخلع وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لاتقبل الشهادة لان عقد النكاح معاوضة المرأة بالمال كالبيع فكما أن اختلاف الشاهدين فى مقدار البدل فى البيع يمنع قبول الشهادة فكذلك فى النكاح وفرق أبو حنيفة رحمه الله بينهما وهو أن صحة النكاح تستغنى عن تسمية المهر بخلاف البيع فمن هذا الوجه المال كالزائد فى النكاح ودعواها فيه دعوى الدين وتمام بيان هذا الفصل فى الجامع الصغير وان اتفق فى جميع ذلك غير أنهما اختلفا فى المكان والوقت فى البيع أو في الاقرار والانشاء فشهادتهما جائزة وقد بينا هذا وان شهد اعلي اقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمنا ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لان حاجة القاضي الى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك اذا لم يكن الثمن مسمى وان قال أقر عندنا انه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسم الثمن فهو جائز لان الحاجة الى القضاء بالعقد بالملك للمدعى دون القضاء فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن ولان الجهالة انما تؤثر لانها تفضي الى منازعة مانعة عن التسليم والتسلم (ألا ترى) أن مالا يحتاج الى قبضه فجهالته لاتضر وهو المصالح عنه بخلاف مايحتاج الى قبضه وهو المصالح عليه فاذا أقر باستيفاء الثمن فلا حاجة هنا الى تسليم الثمن فجهالته لاتمنع القاضى من القضاء بحكم الاقرار واذا لم يقبض الثمن لايجب على البائع تسليم البيع مالم يصل اليه الثمن فجهالة الثمن فى هذه الحالة تمنع القضاء بموجب اقراره وفى الموضعين جميعا الثابت من الاقرار بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو قال بعتها منه ولم استوف الثمن لم يؤمر بتسليمها اليه ولو قال بعتها منه واستوفيت الثمن أمر بتسليمها اليه فكذلك اذا ثبت بالبينة واذا ادعي شراء دار وأقام شاهدين عليها غير أنهما لا يعرفان الدار والحدود ولم يسميا شيأ من ذلك فهو باطل لان المشهود به مجهول ولان المدعى غير المشهود به فالمدعا شراء دار معينة معلومة والمشهود به شراء دار مجهولة فان قالا قد سمى البائع والمشترى موضع الدار وحدودها ثم وصفوا ذلك وسموه فهو جائز لانهم شهدوا بمعلوم وهو الشراء فى دار معلومة بذكر الحدود والموضع غير انى أسأل المدعي البينة علي ما سمى الشهود من موضع الدار والحدود لان القاضى يقول للمدعي قد ثبت عندى انك اشتريت

منه دارا حدودها ماسمى الشهود ولكن لاأدرى أن هذه الدار المبينة التى يدعيها هي تلك الدار وان حدودها ما سمى الشهود فثبت ذلك عندى بالبينة فاذا أقام البينة على ذلك حينئذ يتمكن القاضى من القضاء له بالمدعى بالبينة السابقة وكذلك لو حددوها بثلاثة حدود فقد بينا في أدب القاضى ان ذكر أكثر الحدود وذكر الجميع عندنا سواء استحسانا وان الشهرة لا تقوم مقام ذكر الحدود فى العقار عند أبى حنيفة رحمه الله وكذلك لو ادعي البائع وجحد المشترى في جميع هذه الوجوه لان الحاجة الى القضاء بالعقد لافرق بين أن يكون المدعى هو البائع أو المشترى . دار فى يد رجل فأقام رجل عليها شاهدين انها داره اشتراها من فلان وأقام ذو اليد البينة انها داره اشتراها من فلان ذلك أيضا فهى للذى في يده لانهما تصادقا على أن أصل الملك فيهما كان للبائع وادعى كل واحد منهما سبب انتقال الملك اليه وسبب ذى اليد أقوى لان الشراء مع القبض أقوى من الشراء بدون القبض ولان تمكنه من القبض دليل سبق عقده فهو أولى الا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فحينئذ يقضى بها له لانه أثبت الشراء فى وقت لا ينازعه الآخر فيه ولو أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من رجل آخر قضيت بها للمدعى لان كل واحد منهما هنا يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فكأن البائعين حضرا وادعيا الملك المطلق وبينة الخارج فى ذلك أولي عندنا فاما فى الاول الملك ثابت للبائع بتصادقهما وانما يحتاج كل واحد منهما الي اثبات سبب الانتقال اليه *يوضح الفرق أن هناك الخارج محتاج الي اثبات الاستحقاق على البائع وعلى ذى اليد فى تثبته مايثبت له الاستحقاق علي البائع وليس فيها مال يثبت الاستحقاق علي ذى اليد من غير المالك حادث لجواز أن يكون شراء ذى اليد سابقا وحاجة ذى اليد الي اثبات الاستحقاق علي البائع خاصة ولا حاجة له الى اثبات الاستحقاق على صاحبه لان صاحبه غير مستحق لمايد له فيها وفى بينته مايثبت له ذلك فاما هنا كل واحد منهما يحتاج الى اثبات الاستحقاق لبائعه أولا ليترتب عليه استحقاقه بالشراء وفيما هو المقصود بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد. دار فى يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة انه اشتراها منه بالف درهم فان وقت أخذ بأول الوقتان لان صاحب أسبق التارخين اثبت الملك لنفسه بالشراء فى وقت لا ينازعه فيه غيره والآخر بينة انما أثبت الشراء من غير المالك وان وقت أحد البينتين دون الاخرى فهي لصاحب الوقت لان الشراء من غير المالك حادث فيحال بحدوثه على أقرب الاوقات حتى يثبت سبق

التاريخ فالذي لم توقت شهوده انما أثبت شراءه في الحال وصاحبه أثبت الشراء من حين أرخت شهوده فهو أولى الا أن تكون الدار في يد الآخر فهي لصاحب اليد حينئذ لان تمكن ذي اليد من القبض دليل سبق عقده وهذا دليل معاين وفي حق الآخر التاريخ مخبر به وليس الخبر كالمعاينة ولان حاجة الخارج الى اثبات الاستحقاق على ذي اليد وليس في بينته ما يوجب ذلك وان أرخت شهوده لجواز أن يكون شراء ذي اليد سابقا فان لم يوقتا فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك لان استواء الحجتين الحكم هو القضاء بها بينهما نصفان فقد تفرقت الصفقة على كل واحد منهما وبعض الملك قبل البعض والتبعيض في الأملاك المجتمعة عيب فيخير كل واحد منهما ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك وكذلك لو كان أحدهما ابن البائع أو مكاتبه لانه في حكم الشراء منه هو كأجنبي آخر فكذلك في دعوى الشراء عليه. دار في يد رجل فاقام رجل البينة انه اشتراها من ذي اليد وأقام ذو اليد البينة انه اشتراها من المدعي ولا يدرى أي ذلك أول فانه يقضي بها لذي اليد وتبطل البينتان جميعا لان كل واحد منهما اثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل مشترى مقر بالملك لبائعه وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري فيجعل هذا بمنزلة إقامة كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك له وهنا تهاتر البينتان كما لو سمعنا الاقرار منهما معا ولم يذكر في المسئله اختلافا هنا وقد ذكر في الجامع ان هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله فان عند محمد رحمه الله يقضى بالبينتين جميعا فيجعل كأن ذي اليد اشتراها أولا وقبضها ثم باعها فيؤمر بتسليمها الى الخارج لان القضاء بالعقدين ممكن بهذا الطريق وقد بينا المسئلة بفروعها في الجامع قال (ألا ترى) ان كل واحد منهما لو أقام البينة ان القاضي قضى له بهذه الدار على صاحبه انه يترك في يد ذي اليد وتهاتر البينتان الا أن محمدا رحمه الله يفرق بينهما فيقول في الشراء اثبات الترتيب بين العقدين ممكن باعتبار اليد لانى إن جعلت شراء ذي اليد سابقا جاز بيعه بعد القبض وان جعلت شراء الخارج سابقا لم يجز بيعه من البائع قبل القبض ومثل هذا الترتيب في القضاء غير ممكن ولان الشراء يتأكد بالقبض ولهذا يستفاد به ملك التصرف العقار في ذلك والمنقول عندى سواء فيستقيم ان يجعل قبض ذي اليد صادراً عند عقده أو يجعل ذلك دليل سبق عقده فاما القضاء لا يتأكد بالقبض بل متأكد بنفسه فتتحقق فيه المعارضة بين البينتين. دار في يد رجل فأقام البينة انه باعها من فلان بألف درهم في رمضان وأقام فلان البينة انه اشتراها

منه في شوال بخمسمائة درهم لان القضاء بالعقدين ممكن والبينات حجج فعند امكان العمل بهما لايجوز الغاء أحدهما فيجعل كانه باعها في رمضان بألف ثم باعها في شوال بخمسمائة فيكون العقد الثاني فاسخا للعقد الاول ولو عاينا الشرائين كان الشراء الثاني فاسخا للاول والدار له بالثمن الثاني وكذلك لو أقام فلان البينة انه وهبها له في شوال على أن يعوضه خمسمائة وقبضها جميعا لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض بمنزلة البيع فهذا واقامة البينة على الشراء في شوال بخمسمائة سواء ويكون العقد الثاني فاسخا للاول ولو كان أقام البينة أنه ارتهنها منه في شوال بخمسمائة أمضيت البيع بألف في رمضان وقضيت له من ذلك بخمسمائة سواء الذي أثبت انه أعطاه في شوال وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله بينة المرتهن أولى والرهن في شوال ينقض دعوى البائع البيع في رمضان ومعنى هذا الكلام أن المرتهن أثبت ببينته اقرار الراهن بالرهن منه في شوال فكأنا سمعنا منه هذا الاقرار لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو أقر هو بذلك لم يصح منه بعد ذلك دعوى البيع في رمضان للتناقض فالبائع لا يرهن المبيع من المشتري وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا البيع أقوى من الرهن لان البيع يوجب الملك في البدلين والرهن لا يوجب ذلك فعند تعذر العمل بالبينتين يترجح الاقوى وهو البيع وكما أن المرتهن أثبت اقرار الرهن بالرهن فالبائع أثبت اقرار المشتري بالشراء منه في رمضان وذلك يمنعه من دعوى الرهن في شوال فلما وقع التعارض في هذا رجحنا أقوى الحجتين وهو حجة البيع وفي الكتاب (قال) ليس الرهن كالهبة بالعوض لان الهبة بالعوض بيع والرهن ليس ببيع فقد يرهنك الرجل دارك ولا يبيعك دارك ومعنى هذا ان الرهن دون البيع فلا يكون ناقضا للبيع (ألا ترى) أنا لو عاينا العقدين لم ينتقض البيع بالرهن وهو معنى قوله قد يرهنك دارك ولو عاينا البيعين انتقض الاول بالثاني فبانتقاض الاول الدار تعود الى البائع فهذا معنى قوله لا يبيعك دارك . دار في يد رجل فادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة أنه اشتراها بألف وكفل عنه صاحبه المدعى معه فان علم الاول منهما قضى له بها وان لم يعلم فلكل واحد منهما أن يأخذ نصفها بنصف الالف ان شاء لاستواء الحجتين فان أخذاها فالكفالة لازمة لكل واحد منهما على صاحبه من قبل أنهما ليسا بشريكين ومعنى هذا أنه يقضى لكل واحد منهما بنصف الدار بشراء يفرد هو به بلا شركة بينهما في العقد ولو عاينا الشرائين بهذه الصفة بشرط الكفالة من كل واحد منهما على صاحبه

وكفالة صاحبه له بذلك كانت الكفالة لازمة فكذلك اذا قضى بذلك بالبينة . واذا أقام رجل البينة انه اشترى دارا فى يد رجل بالف درهم وقال ذو اليد لم أبع ثم أقام البائع البينة على أنه قد رد عليه الدارفانى أقبل ذلك منه وانقض البيع ولا يبطل انكاره البيع بينة لان انكاره ليس باكذاب منه لشهوده وانه فى الانكار يقول لا بيع بيننا فيها وبعد مارد عليه الدار لا بيع بينهما فيها ولو قال لم يجر بيننا بيع فهو متمكن من دعوى الدار مع اصراره على الكلام الاول بأن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه ادعى هذه الدعوى مرة ثم بدا له فيها فرد الدار على فعرفنا أن هذا الانكار ليس باكذاب منه لشهوده . واذا ادعى رجل دارا فى يد رجل وأقام البينة ان أباه اشتراها منه بالف وقد مات أبوه والبائع ينكر فاني لا أكلفه البينة انه مات وتركها ميراثا ولكن أسأله البينة انه لا يعلم لابنه وارثا غيره فاذا أقام على ذلك بينة أمرته أن ينقد الالف ويقبض الدار لان الابن قام مقام الاب بعد موته ولو حضر الاب فى حياته وأقام البينة انه اشتراها منه بالف درهم أمر بتسليم الثمن وقبض الدار وكذلك الابن اذا ثبت ذلك بعد موت أبيه الا أن من الجائز أن معه من يزاحمه فى الميراث فيؤمر باقامة البينة على أنه لا يعلم له وارثا غيره وان لم يقم البينة على ذلك تلوم القاضى فيه زمانا فقد بينا هذا فى كتاب الدعوى ولو كانت الدار فى يد رجل غير البائع سأله البينة أن أباه مات وتركها ميراثا له لان هنا لو حضر الاب فى حياته وأقام البينة على ذى اليد انه اشترى هذه الدار من فلان بالف وذو اليد غير البائع لا يستحق به شيأ مالم يثبت الملك لمورثه وذلك بان يشهد الشهود أنه تركها ميراثا كما لو أقام الاب البينة انها ملكه اشتراها من فلان (قال) فى الكتاب وليس هذا كالاولى لان الاولى هى فى يده رهن بالثمن بمنزلة رجل أقام البينة ان اباه رهن هذه الدار عند هذا بالف درهم وقد مات الاب ولا وارث له غيره وجاء بالالف ينقدها ومعنى هذا ان الدار اذا كانت في يد البائع فالوارث باقامة البينة على الشراء أثبت اقرار ذى اليد بالملك لمورثه ولكنها محبوسة فى يده بالثمن كالمرهونة فيؤمر باداء الثمن وقبضها واذا كانت فى يد غير البائع فالوارث باقامة البينة على الشراء ماأثبت اقرار ذى اليد بالملك لمورثه انما أثبت اقرار البائع بذلك والملك للبائع غير ثابت فيها حتى يثبت باقراره الملك لمورثه فلا بد له من اقامة البينة على ملك مورثه عند موته وذلك بان يشهد الشهود أنه تركها ميراثا . واذا ادعى رجل دارا فى يد رجلين فاقام البينة أن أحدهما باعه الدار وسلم الآخر ولا يعرف الشهود الذى

باع من الذى سلم فشهادتهم باطلة لان المشهود عليه بالبيع مجهول والمشهود عليه بالتسليم كذلك ومالم يبين الشاهد المشهود عليه بالبيع فهو مجهول والمشهود عليه بالتسليم كذلك وما لم يبين الشاهد المشهود عليه فى شهادته لا تكون شهادته حجة ولانهم تحملوا الشهادة على معين منهما ثم منعوا تلك الشهادة حين لم يعرفوا البائع بعنيه .وكذلك دار فى يد رجل أقام البينة انه باعها من أحد هذين الرجلين ولا يعرفونه بعينه فشهادتهم باطلة لجهالة المشهود عليه.دارفى يد رجل فادعى رجل انه اشتراها كلها بالف وادعي آخر انه اشترى نصفها بخمسمائة وادعى آخر انه اشترى ثلثها بستمائة درهم وأقاموا البينة فهم بالخيار ان شاؤا أخذوها وان شاؤا تركوها لان عند تعارض البينات لابد من أن تتفرق الصفقة على كل واحد منهم فيما أثبت شراءهم فيه فالخيار كذلك فان أخذوها كان لصاحب الجميع الثلث خاصة وكان السدس بينه وبين صاحب الثلثين نصفين وكان النصف بينهم أثلاثا ولزم كل واحد منهم حصة ماأخذ من الثمن في قياس قول أبى حنيفه رحمه الله وأصل هذه المسئلة أن القسمه فى هذا الفصل علي طريق المنازعة عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على طريق العول وقد بينا هذا الفصل فى شرح كتاب الدعوي وجمعنا فيها نظائر هذه المسئلة واضدادها فنقول فى تخريج قول أبى حنفه رحمه الله لا منازعة فى الثلث لمدعى النصف ومدعى الثلثين ومدعى الجميع يدعى ذلك فيسلم له الثلث ثم ما زاد علي النصف الى تمام الثلثين وهو السدس لا منازعة فيه لصاحب الثلث وقد استوى فيه حجة صاحب الثلثين وصاحب الجميع فيقضى بينهما نصفان وفى النصف استوى حجة صاحب الكل والثلثين والنصف فيقضى به بينهم اثلاثا وسهام الدارفى الحاصل اثنى عشر لحاجتنا الي سدس يقسم نصفين فصاحب الجميع اخذ مرة أربعة ومرة سهما ومرة سهمين فانه ما يسلم له سبعة أسهم من ثنى عشر سهما وذلك نصف الدار ونصف سدسها فيلزمه ذلك القدر من الثمن وصاحب الثلثين اخذ مرة سهما ومرة سهمين وذلك ثلاثة وهو ربع الدار وصاحب النصف ماأخذ إلا سهمين وهو سدس الدار فاما عندهما القسمة على طريق العول واصل سهام الدار ستة فصاحب الجميع يضرب بستة وصاحب الثلثين باربعة وصاحب النصف بثلاثة فتكون جملة هذه السهام ثلاثة عشر ويقسم الدار بينهم على ذلك فان ادعاها رجلان وأقام أحدهما البينة على شراء الجميع والآخر البينة على شراء النصف ولصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار لان النصف سالم له بلا منازعة ونصف النصف الآخر بالمنازعة ولصاحب

النصف ربعها في قول أبي حنيفة رحمه وفي قولهما القسمة على طريق العول فتكون الدار بينهما
اثلاثا وان ادعى أحدهما الرهن والقبض والآخر الشراء بالف والقبض وأقام البينة فان
عرف الاول فهي للاول لان مدعى الرهن اذا أثبت حقه في وقت لا ينازعه الآخر فيه فشراء
الآخر بعد لا يجوز بدون اجازته وان لم يعلم فصاحب الشراء أولى لان الشراء أقوى من الرهن
لان الشراء موجب الملك في البدلين والرهن لا يوجب لان الشراء يلزم بنفسه وان لم يتصل
به القبض والرهن لا يتم الا بالقبض والشراء يلزم من الجانبين والرهن لا لزم في جانب
المرتهن لتمكنه من الرد متى شاء والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى فان أقام أحدهما البينة على
الشراء والآخر على الهبة والصدقة فصاحب الشراء أولى لان الشراء عقد معاوضه يلزم
بنفسه وموجب الملك في البدلين فيكون أقوى من التبرع الذى لا يتم بالقبض فان أثبت صاحب
التبرع قبضه سابقا فهو اولى لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعة الآخر فيه وكذلك ان كانت
الدار في يد صاحب الصدقة ولا يدرى أيهما أول فصاحب الصدقة أولى لان تمكنه من
القبض دليل سبق عقده فيكون هو أولى إلا أن يقيم صاحب الشراء البينة انه أولى وان أقام
كل واحد منهما البينة انه ارتهنها بألف ففي القياس لا يكون رهنا لواحد منهما وبهذا نأخذ
وفي الاستحسان يكون لكل واحد منهما نصفها رهنا لان كل واحد منهما اثبت الرهن منه
بالبينة والقضاء بالبينتين ممكن فان رهن الدار الواحدة من رجلين بدين لهما عليه صحيح ووجه القياس
أن الحجتين لما استوتا فلا بد من القضاء لكل واحد منهما بالنصف واثبات حكم الرهن لكل
واحد منهما في النصف شائعا غير ممكن فتبطل البينتان كما لو أقام رجلان كل واحد منهما
البينة علي نكاح امرأة واحدة وأخذنا بالقياس لان وجه القياس أقوى فان في الرهن من رجلين
العقد واحد وكل واحد منهما راضي بثبوت حق صاحبه في الحبس فامكن اثبات ملك اليد
الذي هو موجب الرهن لهما في المحل من غير شيوع بأن يجعل كأن العين كلها محبوسة بدين
كل واحد منهما ولا يتأتى ذلك هنا لان كل واحد منهما أثبت الملك لنفسه بعقد علي حدة
ولا يرضى كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه معه فلا بد من القضاء لكل واحد منهما بالنصف
وان رهنها من رجلين النصف من هذا بدينه والنصف من هذا بدينه لم يجز فلهذا نأخذ
بالقياس فان ادعى أحدهما الرهن والقبض وادعى الآخر الهبة على عوض والتقابض فأقام
البينة فانه يقضي بهذا للذى يدعى الهبة على عوض لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض

بمنزلة البيع وقد بينا انه يترجح دعوي الشراء على دعوى الرهن عند تعارض الحجج ولو كانت هبة بغير عوض قضيت بها لصاحب الرهن من قبل انه قد نفذ ماله فيه وقد كان ينبغي في قياس القول الذي قلنا قبل هذا ان يكون لصاحب الهبة ومعنى هذا أن صاحب الهبة في القياس أولى لانه يثبت ببينته مالك العين لنفسه والمرتهن لا يثبت ذلك ببينته وكل واحد من العقدين لا يتم الا بالقبض فيترجح الموجب للملك في العين منهما وفي الاستحسان الرهن أولى لانه عقد ضمان فالمقبوض بحكم الرهن بما يقابله من الدين والمقبوض بحكم الهبة لا يكون مضمونا أقوى من عقد التبرع فلهذا كانت بينة صاحب الرهن أولى وللقياس وجه آخر وهو ان الرهن لا يرد علي الهبة والهبة ترد على الرهن فانه بعد الهبة منه لو رهنه كان باطلا وبعد الرهن لو وهبه من المرتهن كان صحيحا فعند التعارض يترجح الوارد لكن في الاستحسان قال لا بد من اثبات حق المرتهن فثبوت الملك للمرهون له لا يمنع ثبوت حق المرتهن فيها فان الواهب اذا رهن الموهوب بدينه برضاء الموهوب له جاز ولا يمكن اثبات الهبة مع ثبوت حق المرتهن فانه بعد الرهن لو وهب برضاء المرتهن وسلم يبطل حق المرتهن فلهذا جعلنا الرهن أولى من الهبة وان أقام كل واحد منهما البينة أنه تصدق بها عليه وقبضها لم يقض لواحد منهما لانه انما يقضي لكل واحد منهما بنصفها والهبة لا تتم في المشاع الذي يحتمل القسمة وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان هذا قول أبي حنيفة رحمه الله فاما عندهما ينبغي أن يقضى بها بينهما نصفان بمنزلة هبة الدار من رجلين والاصح ان هذا قولهم جميعا لانهما انما يجوّز ان ذلك عند اتحاد العقد والاتحاد في جانب الواهب فاما اذا وهب النصف من كل واحد منهما في عقد على حدة لا يجوز وهنا كل واحد منهما أثبت ببينته الهبة منه في عقد على حدة فلهذا لا يقضى لكل واحد منهما بنصفها فان شهدت احد هما انه أول فهي له لانه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه الآخر فيه وان لم يشهدوا بذلك وهي في يد أحدهما فهي لذى اليد لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده واذا كانت الدار في يد ثلاثة رهط فالدعى احدهم الجميع والآخر النصف وادعى الثالث الثلثين وليست لهم بينة فلكل واحد منهم ما في يده لان في يد كل واحد منهم ثلث الدار فدعوى كل واحد منهم ينصرف الى ما في يده ولان قوله مقدم فيه على قول الخارج لانه مستحق لما في يده باعتبار ظاهر اليد ويحلف كل واحد منهما على دعوى الآخر لان صاحب الجميع يدعي لنفسه جميع ما في يد صاحبيه وهما ينكران ذلك وصاحب الثلثين يدعي نصف ما في يد كل

واحد من صاحبيه وهما ينكران ذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبيه فان حلفوا فلكل واحد منهم الثلث باعتبار يده وان نكلوا عن اليمين فى دعوى صاحب الجميع وحلف صاحب الجميع لهما فالدار كلها له لان نكولهما كاقرارهما له بذلك أو كبذلهما له ما فى أيديهما ولكن هذا اذا حلف صاحب الجميع لهما وحلف كل واحد منهما لصاحبه أيضا وان نكلوا عن اليمين لصاحب الثلثين وحلفوا لصاحب الجميع والنصف كان لصاحب الثلثين الذى فى يده ويأخذ نصف ما فى يد كل واحد من صاحبه لانه يدعى ثلثى الدار ونصف ذلك وهو الثلث في يده ونصفه في يد كل واحد منهما سدس الجميع وذلك نصف مافى يد كل واحد منهما ونكولهما بمنزلة الاقرار وان نكلوا عن اليمين لصاحب النصف وحلفوا لصاحب الثلثين وصاحب الجميع فصاحب النصف يأخذ ربع مافي يد كل واحد من صاحبيه لانه يدعى نصف الدار فثلثا ذلك النصف فى يده والثلث فى يد صاحبيه وذلك السدس فى يد كل واحد منهما نصف سدس الجميع وهو ربع الثلث الذى فى يده فكل واحد منهما بالنكول صار مقرا له بذلك وان نكل صاحب الجميع عن اليمين لصاحب النصف وحده وحلف بعضهم لبعض فصاحب النصف يأخذ مما فى يد صاحب الجميع ربع مافى يده وهو نصف سدس جميع الدار لانه بالنكول صار مقرا له بالقدر الذى ادعاه فى يده نصف سدس جميع الدار وان قامت لهم جميعا البينة فلصاحب النصف الثمن ولصاحب الثلثين الربع ولصاحب الجميع خمسة عشر وسهما من أربعة وعشرين سهما في قول أبي حنيفة رحمه الله لان بينة كل واحد منهم لم تقبل فيما في يده وتقبل فيه بينة الآخر ثم القسمة عنده على طريق المنازعة فى الثلث الذى فى يد صاحب النصف تقبل فيه بينة صاحب الجميع وصاحب الثلثين ثم نصف ذلك الثلث يسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الآخر بينهما نصفان للمنازعة فيحتاج الى حساب ينقسم ثلاثة ارباع وذلك اثنا عشر فصارت سهام الدار على اثنى عشر سهما ففى يد صاحب الجميع ثلث الدار وصاحب الثلثين يدعى نصف ذلك وصاحب النصف يدعى ربع ذلك فيقضى لكل واحد منهما بمقدار ماادعى من ذلك وفى يد صاحب الثلثين أربعة صاحب الجميع يدعى جميع ذلك وصاحب النصف ربع ذلك وثلاثة ارباعه يسلم لصاحب الجميع والربع وهو سهم واحد استوت منازعتهما فيه فكان بينهما نصفان فانكسر بالانصاف فاضعف السهام فلهذا صارت الدار سهام أربعة وعشرين في يد كل واحد منهم ثمانية ثم سلم لصاحب الجميع ما فى يد صاحب النصف ستة وما فى يد صاحب

الثلثين سبعة وبقي له مما كان في يده سهمان فجملة ذلك خمسة عشر سهما وصاحب الثلثين أخذ من يد صاحب النصف سهمين ومن يد صاحب الجميع أربعة فذلك ستة وهو ربع جميع الدار وصاحب النصف أخذ من يد صاحب الجميع سهمين ومن يد صاحب الثلثين سهما فذلك ثلاثة وهو ثمن الدار وقد بينا تخريج المسئلة على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في كتاب الدعوى في اعتبار القسمة على طريق العول فان السهام عندهما ترتفع الى مائة وثمانين فلم يعد هنا كراهة التطويل وكذلك اذا لم يكن بينة ونكلوا عن اليمين فهو ومالو أقام البينة في حكم الاستحقاق والتخريج سواء. واذا كانت الدار في يد رجلين وعبد أحدهما والعبد مأذون عليه دين وكل واحد منهم يدعي الدار كلها فهي بينهم أثلاثا لان المولى من كسب عبده المديون كالاجنبي فان حق غرمائه في كسبه مقدم على حق المولى فتظهر يده في معارضة يد المولى كيد المكاتب فان لم يكن على العبد دين فالدار بين الحرين نصفان لان كسب العبد هنا حق مولاه ويده من وجه كيد مولاه فلا معتبر بيده في معارضة يد المولى وانما يبقى المعتبر في الدار يد المولى ويد الاجنبي فهي بينهما نصفان بمنزلة ثوب يتنازع فيه رجلان وفي يد أحدهما عامة الثوب وفي يد الآخر طرف الثوب فانه يقضى به بينهما نصفان. دار في يد رجل يدعي رجل انه اشتراها من آخر وهو يملكها يوم باعها وأقام البينة وذو اليد يقول ليست لي فاني أقضي بالدار للمدعي لانه أثبت الملك لنفسه باثباته الشراء ممن كان مالكها وذو اليد لم يخرج من خصومته بقوله ليست لي فانه كان خصما له باعتبار يده فيها وبهذا اللفظ لا يتبين أن يده فيها ليست بيد خصومة فقضى بالدار للمدعي الا أن يقيم ذو اليد البينة انها عارية في يده أو باجارة أو بوكالة بالقيام عليها من رجل غير البائع فان أقام على ذلك بينة فلا خصومة بينهما لانه أثبت بان يده فيها يد حفظ لا يد خصومة وهذه مخمسة كتاب الدعوى فان جاء المشتري ببينة ان ذلك الرجل سلطه على قبضها من هذا الساكن قبضها وقضى له بذلك لانه أثبت ببينته انه أحق بحفظها منه وانه ثبت له حق نقلها من يد ذي اليد الى يد نفسه بامر صاحبها اياه بذلك ولو عاين ما أثبته البينة كان له حق قبضها فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينة والله أعلم

باب مايكون بين الرجلين فيه خصومة

(قال رحمه الله دار في يد رجل رهن والراهن غائب فادعاها رجل وأقام البينة فان أقام

المرتهن البينة انها رهن في يده فلا خصومة بينهما) لانه أثبت ببينته أن يده فيها يد حفظ لا يد خصومة فالمرهون عينه أمانة في يد المرتهن بمنزلة الوديعة ولئن كان مضمونا فهو ضمان لا يوجب الملك له في العين بحال ولو كان مضمونا ضمانا يوجب الملك له اذا تقرر كالمغصوب لم يكن خصما فيه لمدعى الملك فاذا كان دون ذلك أولى وكذلك لو كان المرتهن الذى الدار في يده غائبا والراهن حاضرا فلا خصومة بينه وبين المدعى لان دعوى الملك لا تسمع في العين الا على ذى اليد واليد فيها مستحقة للمرتهن وهو غائب والاجارة والعارية في ذلك كالرهن وان لم يقم ذو اليد البينة علي ذلك فهو خصم لظهور يده فيها ومنفعة المدعى منها بيده فلا يخرج من خصومته بمجرد قوله وكذلك لو قال انها ليست لي ولم ينسبها الى أحد فهو خصم فيها لان بينته على هذا لا تقبل وبدون البينة لا يخرج من خصومته *يوضحه انه انما يخرج ذو اليد من الخصومة اذا أحال المدعى على رجل معروف يتمكن من الخصومة معه حتى لو قال هو لرجل عارية عندي وأقام البينة على ذلك لم تندفع الخصومة عنه فلان لا تندفع بقوله ليست لى أولى وان أقر المدعى انها في يده باجارة أو عارية أو رهن فلا خصومة بينهما فيها لان اقراره ملزم اياه وقد أقر أنه ليس بخصم له وان كان المدعى ادعى انه اشتراها من فلان وادعى ذو اليد أن فلانا ذلك أسكنها اياه ولم يقم البينة علي ذلك فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا على أن أصل الملك فيها لفلان فتكون أصولها الى يد ذي اليد من جهة فلان وفلان ذلك لو حضر لم يكن بينه وبين ذى اليد خصومة لاقرار ذى اليد له بها عليه فكذلك لا خصومة بينه وبين من يدعى تلقى الملك من جهة فلان الا أن يقيم المدعى البينة أن البائع وكله بقبضها منه فاذا أقام البينة على ذلك يجب على ذى اليد دفعها اليه لانه أثبت البينة انه أحق بامساكها واثبات اليد عليها من ذى اليد والعروض في جميع ما ذكر كالعقار واذا كانت الدار بين شريكين فغاب أحدهما فادعى رجل أنه اشترى من الغائب نصيبه لم يكن الشريك خصما له في ذلك لانه ادعى سبب ملك جديد بينه وبين الغائب في نصيبه والحاضر ليس بخصم عن الغائب فيما يدعى قبله ولان ذا اليد مقر أن يده في نصيب الغائب من جهته فلا يكون خصما لمن يدعى تمليكه عليه وان ادعى انه اشتراها أو بعضها من الميت الذي ورثوها منه كان الحاضر خصما عن نفسه وعن الغائب لانه يدعى سبب الاستحقاق على الميت وأحد الورثة خصم عن الميت وعن سائر الورثة فيما يدعى علي الميت كدعوى الدين ويستوى ان كانوا قسموا الدار أو لم يقسموا لان قسمتهم في حق المدعى اذا

ثبت فشراؤه باطل. دار في يد رجل بشراء فاسد فادعاها آخر فالمشترى خصم فيها لان المشترى يملك رقبتها وكل من يملك الرقبة أو يدعيها خصم له وهذا بناء على أصلنا أن الشراء الفاسد موجب للملك بعد القبض وانما نص على حكم الملك هنا . دار في يد رجل فادعاها آخر وأقام كل واحد منهما البينة أنه اشتراها من يد رجل واحد والمدعى هو الاول ولم ينقد الثمن والبائع غائب فاني أقضي بها للمدعى لان ذى اليد زعم انها ملكه فيكون خصما فيها للمدعى وانما يزعم أنه يملكها من جهة البائع فيكون خصما عنه في اثبات سبب الملك عليه وقد أثبت المدعى تقدم شرائه بالبينة فيقضى بالدار له ويستوفى منه الثمن فان كان ذو اليد قد نقد الثمن أعطيته الثمن قصاصا لانه استحق الرجوع على البائع بما أدي اليه من الثمن وقد ظفر بماله من جنس حقه فيأخذ مقدار حقه من ذلك وللقاضي أن يمينه عليه لما يثبت حق الاخذ وان كان فيه فضل أمسكه على البائع لانه مال الغائب فيحفظه عليه وهذا اذا كان البائع أقر عند القاضي بقبض الثمن من ذى اليد قبل غيبته فان لم يكن كذلك وأقام ذو اليد البينة على أنه كان أعطاه الثمن لم يقض القاضى بشئ لانه يقيم البينة على الغائب ولا يقضى القاضي على الغائب بالبينة اذا لم يحضر عنه خصم وان كان ذو اليد لم ينقد للبائع الثمن أو كانت الدار في يده بهبة أو صدقة دفعتها الى المدعى لاثباته سبب الملك فيها بتاريخ سابق وأخذت الثمن منه للبائع لانه مال الغائب فيحفظ عليه والحاصل أن المشترى يحتاج الى اثبات الملك على البيع ينتفع به ويتصرف فيه ولا يتمكن من ذلك الا بنقد الثمن فالقاضي ينظر لهما فيستوفي الثمن منه لمراعاة حق الغائب ويسلم الدار اليه ليتوصل الانتفاع بملكه . رجل باع جارية من رجل ثم غاب المشترى ولا يدرى أين هو فاقام البائع على ذلك بينة فان القاضي يسمع بينته لانه يزعم أنه قد وجب على القاضى النظر له وللمفقود في ماله فاذا أثبت ذلك بالحجة قبل القاضى ذلك منه وباع الجارية على المشترى بطريق حفظ ملكه عليه لان عين الملك لا تبقى له بدون النفقة وحفظ الثمن أيسر عليه من حفظ العين فاذا باعها نقد البائع الثمن لانه ظفر بجنس حقه من مال غريمه واستوثق منه بكفيل نظرا منه للغائب لجواز ان يكون قد استوفى الثمن وابراء المشتري من ذلك فان كان فيه فضل أمسك الفضل للمشتري وان كان وضيعه فذلك على المشترى لان قبض القاضى له الجارية كقبض المشترى اياها بنفسه فيه يتقرر عليه جميع الثمن ويطالبه البائع بمقدار الوضيعة اذا حضر وان كان أبرأه المشتري لم يبع القاضي الجارية لان ثبوت الولاية للقاضي بطريق

النظر منه لهما وذلك عند الضرورة اذا كان لا يوقف على موضع المشترى فاما اذا كان يعرف ذلك فالبائع متمكن من أن يبيعه ويطالبه بالثمن وملكه مضمون على البائع بالثمن فليس للقاضي ان يبطل عليه عين ملكه لاتصال البائع الى حقه والله أعلم بالصواب

باب اختلاف الشهادة

(قال رحمه الله شاهدان شهدا ان فلانا طلق امرأته فشهد احدهما انه طلقها يوم الجمعة بالبصرة والآخر انه طلقها في ذلك اليوم بعينه بالكوفة لم تقبل شهادتهما لانا تيقن بكذب احدهما) فان الانسان في يوم واحد لا يكون بالبصرة والكوفة (ألا ترى) انه لو شهد بكل واحد من اللفظين رجلان لم تقبل الشهادة لهذا فاذا شهد لكل واحد منهما رجل واحد أولى بخلاف ما اذا شهد أحدهما انه طلقها بالكوفة والآخر انه طلقها بالبصرة ولم يوقتا وقتا فهنالك الشهادة تقبل لأن الطلاق كلام يتكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين في المكان . رجل يدعى دارا في يد رجل انها له وشهد له بها شاهدان احدهما بالشراء والآخر بالهبة فالشهادة باطلة لان المدعى لا بد أن يدعى أحد السببين وبه يكون مكذبا أحد الشاهدين لا محالة ولان الهبة غير البيع وليس على واحد من السببين حجة تامة وكذلك لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة أو الرهن أو الميراث أو الوصية فهو باطل للمعنيين وكذلك لو شهد احدهما بالميراث والآخر بالوصية فهو باطل للمعنيين واذا ادعى دارا في يد رجل أنه وهبها له وانه لم يتصدق بها عليه واقام شاهدين على الصدقة وقال لم يهبها لى قط وقد ادعى الهبة عند القاضي فهذا ا كذاب منه لشاهديه وهو تناقض منه فى الكلام فقد زعم مرة انه لم يتصدق بها عليه ثم ادعى الصدقة بعد ذلك وزعم مرة انه وهبها له ثم قال لم يهبها لى قط ولا تناقض أظهر من هذا ومع التناقض لا يسمع دعواه والبينة لا تقبل الا بعد دعوى صحيحة ثم لا كذاب المدعى شاهدة تخرج شهادته من أن تكون حجة له وكذلك لو ادعى انها ميراث لم يشترها قط ثم جاء بعد ذلك فقال هى بشراء ولم ارثها قط وجاء بشاهدين على الشراء منذ سنة فهو باطل لمعنى التناقض والا كذاب فان ادعاها هبة ولم يقل لم يتصدق بها على قط ثم جاء بعد ذلك بشهود على الصدقة وقال لما جحدنى الهبة سألته ان يتصدق بها على ففعل اجزت هذا لانه وفق بين كلاميه بتوفيق صحيح فينعدم له الا كذاب والتناقض

(ألا ترى) انا لو عاينا ما أخبر به كان الملك ثابتا له بجهة الصدقة فكذلك اذا أخبر به واثبته بالبينة وكذلك لو قال ورثتها ثم قال جحدني الميراث فاشتريتها منه وجاء بشاهدين على الشراء لان معنى التناقض والا كذاب انعدم بتوفيقه وهذا بخلاف مالو كان ادعى الشراء أولا ثم جاء بشاهدين يشهدان على انه ورثه من ابيه لان هذا في هذا المواضع لا وجه للتوفيق لانه لا يمكنه ان يقول اشتريتها منه كما ادعيت ثم جحدني الشراء فورثتها من أبي واذا اختلف شاهدا الرهن في جنس الدين أو مقداره فالشهادة لا تقبل لا كذاب المدعي أحد الشاهدين ولان الدين مع الرهن يتحاذيان محاذاة الثمن للمبيع ثم اختلاف الشاهدين في الثمن يمنع قبول شهادتهما على البيع فكذلك في الرهن فان اتفقا على ذلك واختلفا في الايام والبلدان وهما يشهدان على معاينة القبض فالشهادة جائزة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله استحسانا وفي القياس لا تقبل وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وعلى الخلاف الهبة والصدقة وان شهدوا على اقرار الرهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت الشهادة بالاتفاق وجه القياس ان تمام هذه العقود بالقبض والقبض فعل واختلاف الشاهدين في الوقت والزمان في الافعال يمنع قبول الشهادة كالغصب والقتل وهذا لان المشهود به يختلف فالفعل الموجود في مكان غير الموجود في مكان آخر بخلاف ما اذا شهدوا على الاقرار فالاقرار كلام مكرر * يوضحه انه لو شهد احدهما بمعاينة القبض والآخر باقرار الراهن به لم تقبل الشهادة وجعل الرهن في هذا كالغصب ولم يجعل كالبيع فكذلك اذا اختلفا في المكان والزمان وللاستحسان وجهان أشار الى احد الوجهين هنا (فقال) لان القبض قد يكون غير مرة واشار الى الوجه الآخر في كتاب الرهن (فقال) لانه لا يكون رهنا ولا قبضا إلا باقرار الراهن ومعنى ماذكر هنا ان القبض بحكم الرهن فعل صورة ولكنه بمنزلة القول حكما لانه يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الاول (ألا ترى) أن المرتهن اذا قبض الرهن ثم استرده الراهن منه غصبا أو أعاره المرتهن اياه ثم قبضه منه ثانية فهذا يكون هو القبض الاول حتى يكون مضمونا باعتبار قيمته عند القبض الاول فعرفنا أنه مما يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين في وقته بخلاف الغصب والقتل ولما أخذ شبها من أصلين توفر حظه عليهما (فنقول) لشبهه بالافعال صورة اذا اختلف الشاهدان في الانشاء والاقرار لا تقبل الشهادة ولشبهه بالاقوال حكما لا يمتنع قبول الشهادة باختلاف الشاهدين فيه في الوقت والمكان ومعنى ماذكر في كتاب الرهن ان حكم ضمان الرهن

لا يثبت الا باقرار الراهن أنه مرهون عندك بالدين فان بدون هذا القول اذا قبضه المرتهن بغير اذن الراهن فهو غاصب واذا سلمه الراهن اليه فهو مودع فعرفنا أن حكمه لا يثبت الا باقرار الراهن فباعتبار حكمه جعلناه كالاقوال وجعل شهادة الشاهدين على المعاينة فيه وشهادتهما على الاقرار به سواء فكما أن في الشهادة على الاقرار اختلافهما في الوقت والزمان لا يمنع العمل بشهادتهما فكذلك في الشهادة على المعاينة. واذا طلب الرجل شفعة في دار وأقام شاهدين على الشراء واختلفا في الثمن أو في البائع فشهادتهما باطلة لاختلافهما في المشهود به لان المدعي مكذب احدهما لا محالة ولو اتفقا على الاقرار بالشراء من واحد بمال واختلفا فقال احداهما كنا جميعا في مكان كذا وقال الآخر كنا فرادى أو قال أحدهما كنا في البيت وقال الآخر في المسجد أو قال أحدهما كان ذلك بالغداة وقال الآخر كان بالعشي فشهادتهما جائزة لانهما اتفقا في المشهود به وهو الاقرار واختلفا فيما لم يكلفا حفظه وفعله في الوقت والمكان فلا يقدح ذلك في شهادتهما كما لو اختلفا في الثياب التي كانت عليهما أو المراكب أو فيمن حضرهما وبيان الوصف انهما لو سكتا عن بيان الوقت والمكان والوصف لم يسألهما القاضي عن ذلك ولو سألهما فقالا لا نحفظ ذلك لا تبطل شهادتهما ثم ذكر بعض مسائل أدب القاضي وروي فيه حديث الشعبي رحمه الله في كتاب عمر الى معاوية رضي الله عنهما في القضاء وقد تقدم بيان ذلك في أدب القاضي وذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من الحزم أن يستشير أولى الرأى ثم يطيعهم وفيه دليل أنه لا ينبغي للقاضي أن يترك الاستشارة وكذلك غير القاضي اذا حزبه أمر فالمشورة تلقيح للعقول وقد قال صلى الله عليه وسلم ما هلك امرؤ عن مشورة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستشير أصحابه رضي الله عنهم في كل شيء حتى في قوت أهله وادامهم وفيه دليل على أنه انما يستشار أولي الرأى الكامل ويتحرز عن مشورة ناقصات العقل من النسوان وان من استشار أولى الرأى الكامل من الرجال فعليه أن يطيعهم اذا لم يتهمهم فيما أشاروا عليه لان فائدة المشورة لا تظهر الا بالطاعة واذا شهد شاهدان أن فلانا أقر أن هذا الثوب ثوب فلان وهو في يده وشهد آخر أن فلانا الذى شهدا له أقر بها لفلان الذى شهد عليه فهو لذي اليد لان البينتين تعارضتا في الاقرار فيها رأيا كما لو عاين الاقرارين ويبقى الثوب في يد ذى اليد مستحقاله بيده وان كان في يدهما فهو بينهما نصفان لاستوائهما في استحقاقه باليد . دار بين رجلين فأقام كل واحد منهما البينة

أن فلانا أقر له بها ووقتا فهى لصاحب الوقت الا خر ولا نسبة لهـذا البيع يعنى اذا أقام كل واحـد منهما البينة أن فلانا باعها منه ووقتا فهى لصاحب الوقت الاول والفرق بينهما أن كل واحد منهما يدعى أن وصولها اليه من جهة فلان ففى مسئلة الاقرار الذى أقام البينة على الوقت الآخر أثبت اقرار فلان بهاله منذ شهر وذلك يمنع دعوى فلان الملك لنفسه فيها منذ سنة فكذلك يمنع دعوى من يثبت الملك لنفسه ببينته منذ سنة باقرار فلان له بها منذ سنة وذلك يمنع فلانا من أن يثبت الملك لنفسه فيها منذ شهر باقرار فلان له بها فلهذا رجحنا صاحب الوقت الآخر وفى البيع ثبوت الشراء منذ شهر لا يمنع فلانا من دعوى الملك فيها لنفسه منذ سنة فكذلك لا يمنع من يدعي تملكها من جهته من أن يثبت بيعها منه منـذ سنة واذا وجب قبول بينته علي ذلك ثبت شراؤه في وقت لا ينازعه الآخر فيه فانما أثبت الآخر بعد ذلك الشراء من غـير المالك وعلي هذا لو أقام البينـة أنه باع هذه الدار من فلان منذ سنة وأقام الآخر البينة منـذ سنتين فهى للذى أقام البينة على سنتين لان كل واحد منهما مثبت الملك لنفسه باقامته البينة على تمليكها من فلان بالبيع فيترجح أسبق التاريخين لانعدام منازعة الآخر معه فى ذلك الوقت واذا لم يوقتا فهى لذى اليـد لاتفاقهما على أنها مملوكة مسلمة اليه وانما يدعى كل واحـد منهما الثمن فى ذمته لنفسه وقد أثبته بالبينة وفى الذمة سعة واذا ادعى على رجل الفى درهم أو الفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالالف والآخر بالف وخمسمائة قضى له بالالف لاتفاق الشـاهدين على الالف لفظا ومعنى فالالف وخمسمائة جملتان أحـدهما معطوفة على الاخرى فبعطف أحدهما الخمسمائة على الالف لا يخرج من أن يكون شاهدا له بالف لفظا بخلاف ماقال أبو حنيفة رحمه الله فيما اذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لان هناك اختلفا فى المشهود به لفظا فخمسة عشر اسم واحد لعدد (ألا ترى) أنه ليس فيه حرف العطف فهو نظير الالف والالفين فان كان المدعي يدعى الفا فقد أكذب الذى شهد على الف وخمسمائة فلا تقبـل شهادتهما له الا أن يوفق فيقول كان أصل حقى ألفا وخمسمائة لكنى استوفيت خمسمائة أو ابرأته منها ولم يعلم به هـذا الشاهد فحينئذ تقبـل شهادتهما على الالف لانه وفق بتوفيق صحيح محتمـل وان اختلفا فى جنس المال فشهادتهما باطلة لان المدعى يكذب احدهما ولان المشهود به مختلف وليس على واحـد من المـالين شهادة شاهدين ولو شهدا على قتل أوقطع أو غصب أو عمل واختلفا فى الوقت أوالمكان أو فيما وقع به القتل كانت الشهادة باطلة

لاختلافهما فى المشهود به وكذلك ان شهد احدهما علي الفعل والاخر علي الاقرار به فهذا اختلاف في المشهود به وان شهد علي اقرار القائل به فى وقتين مختلفين أو في مكانين مختلفين قبلت الشهادة لان الاقرار قول فلا يختلف المشهود به باختلافهما فى الوقت والمكان به ولو ادعى ثوبا فى يد رجل انه رهنه منه منذ عشرة ايام فجاء بشاهدين فشهد أحدهما انه وهبه منه منذ عشرة أيام والآخر منذ خمسة عشر يوما فالشهادة باطلة لان المدعى مكذب أحد شاهديه وقد أقر بأنه كان مملوكا للواهب قبل عشرة أيام وذلك يمنع دعواه ماشهد به هذا من هبته منذ خمسة عشر يوما ولو لم يوقت المدعى جازت الشهادة لانه غير مكذب واحدا منهما والمشهود به قول أو ما هو كالقول حكما فاختلاف الشاهدين فى الوقت لايمنع قبول الشهادة فيه . واذا شهد الوصى على الميت بدين أو علي رجل بدين للميت فشهادته بالدين علي الميت صحيحة وبالدين للميت مردودة لانه فيما شهد به للميت يثبت حق القبض لنفسه فيكون متهما ولا تهمة فيما شهد به علي الميت الا ان يكون قد قضاه من التركة فحينئذ هو متهم فى شهادته من حيث انه يقصد به اسقاط الضمان عن نفسه واذا شهد الوصي على الميت بدين لبعض الورثة فان ذلك جائز للكبار لخلوها عن التهمة ولا يجوز للصغار لتمكن التهمة فى شهادته لحق القبض فى ذلك اليه وكذلك لو شهد لبعض الورثة علي البعض بحق في شهادته للكبار جائزة وللصغار مردودة لانه لايقبض للكبار شيئا وهو يقبض مايجب للصغار فيكون فى معنى الشاهد لنفسه واذا قضي القاضى على رجل بأرض أو دار فى يديه ببينة قامت عليه بذلك ودفعها الى المقضى له ببنائها ثم ان المقضي له اقر ببنائها للمقضى عليه فانه يدفع ذلك اليه باقراره ولا يكون هذا الاقرار اكذابا منه لشهوده في الأرض لان المشهود به الارض والبناء انما يدخل تبعا كما يدخل في البيع تبعا من غير ذكر وليس من ضرورة كون البناء للمشهود عليه الا ان يكون الأرض للمدعى كما شهد به الشهود وكذلك إن أقام المقضى عليه البينة انه قد بنى فيها هذا البنأ فهو له لما بينا أنه انما صار مقضيا عليه بالأصل والبناء تبع فى ذلك فكذلك القضاء لايمنعه من اثبات حق نفسه فى البناء وان كان المدعى حين أقام البينة شهد الشهود ان هذه الدار لهذا المدعي ببنائها فأقر هو بالبناء للمقضى عليه أبطلت الشهادة لانه أكذب شهوده لانهم صرحوا فى شهادتهم بملك البناء له مقصودا وقد كذبهم في ذلك والمدعي متى أكذب شاهدة فى بعض ماشهد له به بطلت شهادته فى الكل كما اذا ادعى ألفا وشهد له بالف وخمسمائة واذا وكلت امرأة رجلين بأن تزوجاها

ثم شهد ان الزوج طلقها ثلاثا وهي تدعى أو تنكر جازت الشهادة لخلوها عن التهمة وكذلك ان كان عمين فزوجا ابنت أخ لهما وهي صغيرة ثم شهدا على الطلاق أو كانا أخوين لهما زوجاها ثم شهدا بالطلاق قبلت الشهادة لانهما يثبتان الحرمة حقا لله تعالى ولا يجران الى أنفسهما شيئا فوجب العمل بشهادتهما والله أعلم

كتاب الرجوع عن الشهادة

(قال الشيخ الأمام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بأن أداء الشهادة بالحق مأمور به شرعا) قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله أمروا به للوجوب وقال الله تعالى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا والنهي عن الاباء عند الدعاء أمر بالحضور للاداء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه واستحقاق الوعيد بترك الواجب وقال صلى الله عليه وسلم كاتم الشهادة بالحق كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر قال صلى الله عليه وسلم في خطبته أيها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور وفي هذا بيان كرامة المؤمن فقد جعل الله تعالى الشهادة عليه بما لا أصل له بمنزلة شهادة الكافر على ذاته بما لا أصل له من شريك أو صاحب أو ولد وقال صلى الله عليه وسلم ألا أنبئكم بأكبر الكبائر قالوا نعم قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فاستوى جالسا ثم قال ألا وقول الزور فجعل يكررها حتى قلنا ليته يسكت وفي رواية سأله رجل عن الكبائر فقال صلى الله عليه وسلم الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور وفي حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه الملائكة في السموات والارض فيحق على كل مسلم الاجتناب عنها بجهده والتوبة عنها متى وقع فيها خطأ أو عمدا وذلك بأن يرجع عن الشهادة وليكن رجوعه في مجلس القضاء لانه فسخ للشهادة التي أداها وقد اختصت الشهادة بمجلس القضاء فالرجوع عنها كذلك وهذا لان التوبة بحسب الجريمة قال صلى الله عليه وسلم السر بالسر والعلانية بالعلانية فاذا كانت جريمته في مجلس القضاء جهرا فلتكن توبته بالرجوع كذلك ولا يمنعه الاستحياء من الناس وخوف اللائمة من اظهار الرجوع في مجلس القضاء فلأن يراقب الله تعالى خيرا له من

أن يراقب الناس ورجوعه صحيح مقبول فى حقه وان كان مردودا فيما يرجع الى حق غيره
حتى اذا رجع قبل القضاء لم يقض القاضي بشهادته لبطلانها بالرجوع واذا رجع بعد القضاء لم
يبطل برجوعه حق المقضى له والاصل فيه الحديث الذى بدأ الكتاب به ورواه عن الشعبي
رحمه الله أن رجلين شهدا عند على بن أبى طالب رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده
ثم آتيا بعد ذلك بآخر فقال أوهمنا انما السارق هذا فقال علي رضى الله عنه لهما لا أصدقكما
علي هذا الآخر وأضمنكما دية يد الاول ولو أنى أعلمكما فعلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما ففيه
دليل أن الرجوع عن الشهادة صحيح في حقه وانه عند الرجوع ضامن ما استحق بشهادته وانه
غير مصدق في حق غيره للتناقض فى كلامه والمناقض لاقول له فى حق غيره ولكن
التناقض لا يمنع الزامه حكم كلامه ثم الشافعي رحمه الله يستدل بالحديث فى فصلين أحدهما
فى وجوب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد ما استوفى العقوبة بشهادتهم وزعموا أنهم
تعمدوا ذلك فى شهادتهم وفي أن اليدين يقطعان بيد واحدة فقد قال ولو أنى أعلمكما فعلتما ذلك
عمدا قطعت أيديكما فاذا جاز قطع اليدين فى يد واحدة بطريق الشهادة فبالمباشرة أولي ولكنا
نقول هذا اللفظ منه على سبيل التهديد بدون التحقيق وقد تهدد الامام بما لا يتحقق قال
عمر رضى الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق ثم لم يكن من
على رضي الله عنه هكذا كذبا لانه علق بما لا طريق اليه وهو العلم بأنهما فعلا ذلك عمدا فلم يكن
هذا كذبا بهذا التعليق ويحصل المقصود وهو الزجر وهو نظير قوله تعالي بل فعله كبيرهم
هذا فاسئلوهم ان كانوا ينطقون ثم لم يكن هذا الكلام من ابراهيم صلوات الله عليه كذبا لانه
علقه بما لا يكون ومعناه ان كانوا ينطقون فقد فعله كبيرهم والدليل عليه أن من مذهب على
رضي الله عنه أن اليدين لا تقطعان بيد واحدة فقد روى ذلك عنه فى الكتاب فبهذا تبين أن
مراده التهديد وذكر عن حماد رحمه الله أنه كان يقول في الشاهدين اذا رجعا عن الشهادة بعد
قضاء القاضي فانه ينظر الى حالهما يوم رجعا فان كان حالهما أحسن منه يوم شهدا صدقهما القاضى
فى الرجوع ورد القضاء وأبطله وان كان حالهما يوم رجعا مثل حالهما يوم شهدا دون ذلك لم
يصدقهما القاضي ولم يقبل رجوعهما ولم يضمنهما شيأ وكان القضاء الاول ماضيا وبهذا كان أبو حنيفة
رحمه الله يقول أولا ثم رجع فقال لا أبطل القضاء بقولهما لآخر وان كان أعدل منهم يوم شهدا
ولكن أضمنهما المال الذى شهدا به وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الاول

أن كل واحد من الخبرين متردد بين الصدق والكذب فانما يترجح جانب الصدق فيه بالعدالة وحسن حال المخبر فاذا كانت عدالته عند الرجوع أظهر وحاله عند ذلك أحسن فرجحان جانب الصدق فى هذين الخبرين. بين والظاهر أن رجوعه توبة واستدراك لما كان منه من التفريط والقاضى يتبع الظاهر لانه ماوراء ذلك غيب عنه واذا كان حاله عند الرجوع دون حاله عنه الشهادة فرجحان جانب الكذب فى الرجوع أبين والظاهر أنه بالرجوع قاصد الى الاضرار بالمقضى له وان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند أداء الشهادة فعند المساواة يترجح الاول بالسبق واتصال القضاء به فان الشئ لا ينقضه ماهو مثله أو دونه وينقضه ماهو فوقه ولا ضمان عليه لانه ما يتناول شيأ انما أخبر بخبر وذلك لم يكن موجبا للاتلاف بدون القضاء والقاضى يختار فى قضائه فذلك يمنع اضافة الاتلاف الى الشهادة فلهذا لا يضمن الشاهد شيأ *وجه قوله الآخر أن ظاهر العدالة ترجح جانب الصدق في الخبر ولكن لا ينعدم به معنى التناقض فى الكلام وهو بالرجوع مناقض فى كلامه فعدالته عند الرجوع لا تعدم التناقض وكما أن القاضى لا يقضى بالكلام المتناقض فكذلك لا ينقض ما قضاه بالكلام المتناقض ثم جانب الصدق يعين فى الشهادة وتأكد ذلك بقضاء القاضى فى حق المقضى له فيه بتعين جانب الكذب فى الرجوع واذا كان تهمة الكذب عند الرجوع لفسقه يمنع القاضي من ابطال القضاء فتعين الكذب فيه بدليل شرعى لانه يمنعه من ابطال القضاء أولى فلو أبطل القضاء باعتبار هذا المعنى أدى الى مالا يتناهى لانه يأتى بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع فيجب اعادة القضاء الاول ولكن يجب الضمان عليه لاقراره عند الرجوع انه أتلف المال على المشهود عليه بشهادته بغير حق والتناقض لا يمنع ثبوت حكم اقراره على نفسه والاتلاف وان كان يحصل بقضاء القاضى فسبب القضاء شهادة للشهود وانما يحال بالحكم على أصل السبب وهذا لان القاضى بمنزلة الملجأ من جهتهم فان بعد ظهور عدالتهم يحق عليه القضاء شرعا ثم السبب اذا كان تعديا بمنزلة المباشرة فى ايجاب ضمان المال وقد اقر بالتعدى في السبب الذى كان منهما وبهذا السبب سلط المشهود له على مال المشهود عليه ولو تسلطا عليه باثبات اليد لانفسهما ضمنا فكذلك اذا سلطا الغير عليه لان وجوب الضمان للحاجة الى الجبران ودفع الضرر والخسران عن المتلف عليه وقد تحققت الحاجة الى ذلك ولا يمكن ايجاب الضمان على القاضى لانه غير متعدي فى القضاء بل هو مباشر لما فرض عليه ظاهرا فتعين الشهود لايجاب الضمان عليهم وعن ابراهيم

رحمه الله قال اذا شهد شاهدان علي قطع يد فقضي القاضي بذلك ثم رجعا عن الشهادة فعليهما الدية وان رجع احدهما فعليه نصف الدية و به نأخذ لانهما سببا لقطع اليد بطريق هو تعدى منهما وهو سبب معتاد في الناس فقد يقصد المرء الاضرار بغيره فى نفسه أوماليه بالشهادة الباطلة عند عجزه عن تحصيل مقصوده بالمباشرة والتسبب بهذه الصفة موجب ضمان الدية كحفر البئر ووضع الحجر فى الطريق الاأن ضمان الدية فى مالهما لان وجوبه بقولهما وهو اقرارهما علي انفسهما عند الرجوع وقولهما ليس بحجة علي العاقلة واذا كان ضامنين للدية اذا رجعا كان احدهما ضامناً لنصف الدية اذا رجع لان بشهادة كل واحد منهما يقوم بنصف الحجة فيبقاء احدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف أيضا فيجب علي الراجع من الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه وذلك النصف وكذلك لو شهد بمال فقضى القاضى به ثم رجع أحدهما فعليه نصف المال فان رجعا جميعا فعليهما المال كله وهذا بخلاف ما اذا رجع قبل قضاء القاضى حتى امتنع القاضي من القضاء للمشهود له لانهما لم يتلفا عليه شيئا مستحقاله فالشهادة قبل القضاء لاتوجب شيئا للمشهود له فاما بعد القضاء فقد اتلفا على المشهود عليه ما كان مستحقا له من المال فيضمنان لهذلك وعن الشعبي رحمه الله ان رجلين شهدا على رجل انه طلق امرأته ثلاثا وفرق القاضي بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين ثم رجع عن شهادته فلم يفرق بينهما الشعبي وبه كان يأخذ أبو حنيفة رحمه الله وكان يقول فرقة القاضى جائزة ظاهرا وباطنا ولا يرد القاضى المرأة الى زوجها برجوع الشاهدين ولا يفرق بينهما وبين الزوج الثانى ان كان هو الشاهد وقال محمد رحمه الله لايصدق الشاهد علي ابطال شهادته الاولى ولكنه يصدق على نفسه فيفرق بينه وبينها ان كان هو تزوجها والى هذا رجع أبو يوسف رحمه الله وأصل المسئلة أن قضاء القاضى بالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق والعتاق بشهادة الزور تنفذ ظاهرا وباطنا فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول رحمهما الله وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد والشافعى رحمهم الله ينفذ قضاؤه ظاهرا لاباطنا حتى اذا ادعى نكاح امرأة وأقام شاهدى زور فقضي القاضي له بالنكاح وسعه أن يطأها فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول رحمهما الله ولا يحل له ذلك فى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد والشافعى رحمهم الله وحجتهم فى ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام فقد نهى الله تعالى عن أكل مال الغير بالباطل محتجا بحكم الحاكم فهو تنصيص على أنه وان قضي القاضي له بالشراء

بشهادة الزور لا يحل له تناوله ويكون ذلك منه أكلا باطلا وقال النبي صلى الله عليه وسلم انكم تختصمون الى ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فانما أقضي له بقطعة من نار والمعنى فيه أن قضاءه اعتمد سببا باطلا فلا ينفذ باطنا كما اذا قضى بشهادة العبيد أو الكفار أو المحدودين فى القذف وبيان الوصف أن قضاءه اعتمد شهادة الزور وهو سبب باطل فانه كبيرة وحجة القضاء مشروعة والكبيرة ضدها واذا كانت تهمة الكذب تخرج الشهادة من أن تكون حجة للقضاء فحقيقة الكذب أولى ولان ماقضى به لا كون له فيكون قضاؤه باطلا كما لو قضى بنكاح منكوحة الغير لانسان بشهادة الزور وبيان الوصف انه أظهر بقضائه نكاحا كان قد تقدم واذا لم يكن بينهما نكاح فلا يتصور اظهاره بالقضاء عرفنا انه قضى بما لا كون له ولا يجوز أن يجعل قضاؤه انشاء لان ولاية الانشاء لم تثبت له فان سبب ولايته دعوى المدعى وشهادة شهوده وهو انما ادعى عقدا سابقا وبذلك شهد شهوده فلا يتمكن القاضى من القضاء بما لم يدعه المدعى ولا يشهد به الشهود ولان القاضى لم يقصد انشاء العقد بينهما وانما ينفذ قضاؤه على الوجه الذى قصده (ألا ترى) أن قضاءه في الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا لهذا المعنى ولا يجعل ذلك انشاء تمليك منه وبه فارق قضاء القاضى بالفرقة بين المتلاعنين وبيعة التركة في الدين الثابت بشهادة الزور لانه قصد الانشاء هنا وما ظهر عنده من الحجة يصلح للانشاء أيضا وكذلك فى المجتهدات يثبت له ولاية الانشاء بما لاح عنده من الدليل وقضاؤه انشاء أيضا بطريق القصد منه الى ذلك فاما هنا انما قصد الامضاء فلا يمكن أن يجعل منشئا (ألا ترى) ان رجلا وامرأة لو أقرا بالنكاح وهما يعلمان أنه لا نكاح بينهما لم يثبت النكاح بينهما باطنا بهذا الاقرار وهما يملكان الانشاء ولكنهما بالاقرار أظهر عقدا قد كان بينهما فلا يجعل ذلك انشاء منهما ولان المدعى متيقن بما لو تبين القاضى به امتنع من القضاء فلا ينفذ قضاؤه فى حقه وان كان القاضى معذورا لخفاء هذه الحقيقة عليه كما لو كانت امرأة مجوسية أو مرتدة أو منكوحة الغير أو أخته من الرضاعة والدليل على أن قضاءه ليس بانشاء أنه لا يستدعى شرائط الانشاء من الشهود والمهر والولى وأبو حنيفة رحمه الله احتج بما روى أن رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي على رضى الله عنه وأقام شاهدين فقضى على رضى الله عنه بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن بدا يا أمير المؤمنين فزوجنى منه فانه لا نكاح بيننا فقال على رضى الله عنه شاهداك

زوجاك فقد طلبت منه أن يعفها عن الزنا بل يعقد النكاح بينهما فلم يجبها الى ذلك ولا يقال انما يجبها الى ذلك لان الزوج لم يرض بذلك لانا نقول ليس كذلك بل الزوج راض لانه يدعى النكاح والمرأة رضيت أيضا حيث قالت فزوجنى منه وكان يتيسر عليه ذلك فقد كان الزوج راغبا فيها ثم لم يشتغل به وبين أن مقصودهما قد حصل بقضائه فقال شاهداك زوجاك أى الزمانى القضاء بالنكاح بينكما فثبت النكاح بقضاء وما نقل عنه فى هذا الباب كالمرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا طريق الى معرفة ذلك حقيقة بالرأى ويتبين بهذ ان ما استدلوا به من الآية والحديث فى الاملاك المرسلة وبه يقول والمعنى فيه أنه قضى بأمر الله تعالى فيما له فيه ولاية الانشاء وقضاؤه بامر الله تعالى يكون نافذا حقيقة لاستحالة القول بأن يأمر الله تعالى بالقضاء ثم لا ينفذ ذلك القضاء منه وبيان الوصف انه لما تفحص عن أحوال الشهود وزكوا عنده سرا وعلانيه وجب عليه القضاء بشهادتهم حتى لو امتنع من ذلك يأثم ويخرج ويعزل ويعذر فعرفنا أنه صار مأمورا بالقضاء وهذا لانه لا طريق له الى معرفة حقيقة الصدق والكذب من الشهادة لان الله تعالى لم يجعل لنا طريقا الى معرفه حقيقة الصدق من خبر من هو غير معصوم عن الكذب ولا يتوجه عليه شرعا لوقوف على مالا طريق له الى معرفته لان التكليف بحسب الوسع والذى فى وسعه التعرف عن أحوال الشهود فان استقصى ذلك غاية الاستقصاء فقد أتى عافى وسعه وصار مأمورا بالقضاء لان ماوراء هذا ساقط عنه باعتبار أنه ليس فى وسعه ثم انما يتوجه عليه الامر بحسب الامكان والمأمور به أن يجعلها بقضائه زوجته فلذلك طريقان اظهار نكاح ان كان وان شاء عقد بينهما فاذا لم يسبق منهما عقد تعذر اظهاره بالقضاء فيتعين الانشاء اذا ليس هنا طريق آخر فيثبت له ولاية الانشاء بهذا النوع من الدليل الشرعى ويجعل انشاءه كانشاء الخصمين فيثبت الحل به بينهما حقيقة بل قضاؤه أولى وأقوى من انشاء الخصمين عن اتفاق (ألا ترى) أن فى المجتهدات صفة اللزوم يثبت بانشاء القاضى ولا يثبت بانشاء الخصمين فعرفنا ان قضاءه اقوى من انشاء الخصمين وشرط صحة الانشاء الشهادة والمحل القابل له ولا شك ان المحل شرط حتى اذا كانت المرأة منكوحة الغير أو محرمة عليه بسبب لا ينفذ قضاؤه لانعدام المحل فكذلك الشهادة شرطه الا أن مجلس القضاء لا يخلو عن شاهدين فلهذا لم يذكر الشهادة فاما الولى ليس بشرط عندنا ولا حاجة الى ذكر المهر ويجب هذا التحقيق حكمه بالفة وهو ان لا يجتمع رجلان على امرأة واحدة أحدهما

بنكاح ظاهر له والآخر بنكاح باطن له ففي ذلك من القبح ما لا يخفى والدين مصون عن مثل هذا القبح ولا يكون القاضي بقضائه ممكنا من الزنا ففيه من الفساد ما لا يخفى واذا كان يثبت له ولاية إنشاء التفريق بين المتلاعنين وبين امرأته لنفيها به عن الزنا ويثبت له ولاية تزويج الصغير والصغيرة لمعنى النظر لهما فلان يثبت له ولاية انعقاد العقد هنا لنفيها به عن الزنا ويصون قضاؤه به عن التمكين من الزنا أولى وكذلك يثبت له ولاية انشاء التفريق بين المتلاعنين لقطع المنازعة مع يقينه بكذب احدهما كما قال صلى الله عليه وسلم الله يعلم ان أحدكما لكاذب فكذلك يثبت له ولاية الانشاء مع كذب الشهود لتوجه الأمر بالقضاء عليه شرعا وأمر القبلة على هذا فانه لما توجه عليه الأمر بالصلاة الى جهة القبلة وأتى بما في وسعه في طلب القبلة يثبت له ولاية نسب القبلة حتى أن الجهة التي أدى اليها اجتهاده تنتصب قبلة في حقه فتجوز صلاته اليها وان تبين له الخطاء بعد ذلك وبهذا يتبين فساد ما قالوا ان المدعى عالم بما لو علمه القاضي امتنع من القضاء ففي اللعان الكاذب منهما عالم بما لو علمه القاضي امتنع من التفريق ومع ذلك نفذ القضاء في حقه لتوجه الأمر على القاضي وتوجه الامر بالانقياد واتباع أمر القاضي في حق الناس وهذا بخلاف ما اذا ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون في قذف فان هذه اسباب يمكن الوقوف عليها عند الاستقصاء ولكن ربما يلحقه الحرج في ذلك فللحرج تعذر بترك الاستقصاء ولكن لم يسقط الخطاب بأصابتها حقيقة فلا يتوجه الأمر بالقضاء بدونها حقيقة فاما حقيقة الصدق فلا طريق الى الوقوف عليه والامر بالقضاء يتوجه بدونه وهو بمنزلة ما لو توضأ بماء أو صلى في ثوب لم تبين أنه كان نجسا فانه يلزمه الاعادة لهذا المعنى أو هو بمنزلة ما لو قضى باجتهاده ثم ظهر نص بخلافه فاما الأملاك المرسلة فليس للقاضي هناك ولاية الانشاء لان تمليك المال من الغير بغير سبب ليس فيه ولاية القاضي ولا لصاحب المال أيضا وفي أسباب تمليك المال كثرة فلا يمكن تعيين شيء منها فعرفنا انه ليس له في ذلك الموضع إلا ولاية اظهار الملك فاذا لم يكن هناك ملك سابق فلا تصور لاظهاره بالقضاء والتكليف بحسب الوسع فبهذا تبين انه لم يكن مأمورا بالقضاء باطنا فاما هنا له ولاية الانشاء وطريقه متعين من الوجه الذي قلنا فباعتباره يصير مأمورا بالقضاء بالنكاح بينهما حقيقة * يوضحه ان هناك القاضي لا يقول للمدعى ملكتك هذا المال وانما يقصر يد المدعى عليه عن المال ويأمره بالتسليم اليه ليأخذه على أنه ملكه كما يدعيه وقضاؤه بهذا نافذ فأما هنا تقول قضيت

بالنكاح بينكما وجعلتها زوجة لك فينبغي ان يثبت النكاح بينهما بقضائه اذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعت المرأة ان زوجها طلقها ثلاثا وأقامت على ذلك شاهدي زور فقضى القاضي بالفرقة بينهما فتزوجها أحد الشاهدين بعد انقضاء العدة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يحل للثاني أن يطأها ولا يحل للاول ذلك لان الفرقة وقعت بينهما وبين الاول حقيقة وصح النكاح بينهما وبين الثاني بعد انقضاء العدة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ليس للأول ان يطأها لقضاء القاضي بالفرقة بينهما وكيف يطؤها ولو فعل ذلك كان زانيا عند القاضي وعند الناس فلا يجوز للمرء أن يعرض نفسه لهذه التهمة ولا يحل للثاني ان يطأها لانه يعلم أنها منكوحة الغير وانه كان كاذبا فيما يشهد به من الطلاق وذلك كان كبيرة منه فلا يحل له ما كان حراما عليه وقال محمد رحمه الله ليس للثاني ان يطأها لهذا ويحل للاول ان يطأها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها الثاني لا يحل للاول ان يطأها بعد ذلك لوجوب العدة عليها من الثاني بالوطء بالشبهة والمنكوحة اذا وجبت عليها العدة من غير الزوج حرم على الزوج وطؤها وقال الشافعي رحمه الله لا يجب عليها العدة من الثاني لانهما زانيان في هذا الوطء يعلمان حقيقة الأمر فهو يقول يطؤها الاول سرا بنكاح باطن له والثاني علانية بنكاح ظاهر له وهذا قبيح فانه يودي الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك الا أنهم يقولون معنى الصيانة عن هذا القبح يحصل بالنهي ونحن ننهى كل واحد عن مثل هذا التلبيس وهو نظير ما يقولون فيما اذا كان ادعى جارية في يد رجل أنها له وقضى القاضي له بشهادة شاهدي زور فانها في الباطن مملوكة للاول يطؤها سرا وفي الظاهر مملوكة للثاني يطؤها علانية وهذا القبح يتقرر فيه ولكن معنى الصيانة عن هذا القبح يحصل بالنهي ثم التمكن من هذا الظاهر يلتبس والناس أطوار وقليل منهم الشكور وما ذهب اليه أبو يوسف فيه نوع ضرر أيضا فان المرأة تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة اذ هي لا يحل للاول ولا للثاني وليس لها أن تتزوج بزوج آخر ولدفع هذا الضرر أمر الشرع بالتفريق بين العنين وامرأته فعرفنا أن الوجه بطريق الفقه ما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله واتبع فيه عليا رضي الله عنه وان قضاء القاضي ينفذ وأنها تحل بالنكاح للثاني رجل ادعى على رجل أنه باع منه جاريته هذه بالف درهم والمشترى يجحد ذلك فاقا عليهم شاهدين فالزمه القاضي البيع والمشترى يعلم أنه لم يشترها منه ثم رجعا عن شهادتهما لم يصدقا على نقض البيع لان شهادتهما ما تأدت بحكم الحاكم وتناقض كلامهما

في الرجوع ولا ضمان عليهما لانهما أتلفا علي المشترى الثمن بعوض يعدله وهو الجارية فان ماليتها مثل مالية الثمن والاتلاف بعوض لايوجب الضمان علي المتلف لان وجوب الضمان للجبران والنقصان هنا منجبر بعوض يعدله المشترى في حل من وطئها في قول أبي حنيفة رحمه الله لان القاضي له ولاية الانشاء فى البيوع فانه يبيع التركة في الدين ويبيع مال اليتيم والغائب لمعنى النظر فيكون قضاؤه كانشاء البيع لمعنى النظر للخصمين فى ذلك وفى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله لايحل له أن يطأها الان قضاءه امضاء لبيع كان فاذا لم يكن بينهما بيع كان باطلا في الباطن. واذا شهد شاهدان علي رجل انه قذف امرأته بالزنا والرجل يعلم أنهما شهدا بباطل فأمره القاضى بان يلتعن هو وامرأته وفرق بينهما لم يسع للزوج أن يطأها ولو تزوجت بعد انقضاء العدة وسعها ذلك أما عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وعندهما لان للقاضى هنا انشاء التفريق بينهما فينفذ قضاءه علي الوجه الذى قصده وقد بينا نظيره فى بيع التركة فى دين ثبت بشهادة الزور قال (ألا ترى) أن الزوج لو قذفها وهو يعلم أنه كاذب فكره أن يكذب نفسه فلاعن القاضى بينهما وفرق لم يسع الزوج أن يطأها وان كان يعلم أنها لم تزن ولو تزوجت بعد انقضاء العدة وسعها ذلك وان كانت تعلم أن الزوج كاذب فيما رماها به لما أن للقاضى انشاء التفريق وهو قضاء منه فى موضعه لولاية التفريق له بسبب اللعان عند اشتباه الحال حتى اذا كان الحال معلوما لايفرق بينهما فالاشتباه لايؤثر فى المنع من نفوذ قضائه علي الوجه الذى قصده فى اللعان وأبو حنيفة رحمه الله يقول فى هذا كله بعد قضائه لانه مأمور باتباع الظاهر وما سوى ذلك مما لاطريق له الي معرفته ساقط عنه (ألا ترى) أنه لو خلا بامرأته ولم يدخل بها ثم طلقها وأقرت هى بذلك أن لها المهر كاملا يسعها أن تأخذه وان كانت قد علمت أن الزوج لم يقربها ولكن لما سقط عنها ماليس فى وسعها وأتت بما عليها من التسليم تقرر حقها فى المهر ولزمها العقد فلا يسعها أن تتزوج قبل انقضاء عدتها ولا يسع الزوج أن يتزوج أختها في عدتها فيه يتضح ماسبق من فصول اللعان والشهادة. وكذلك لو قذف امرأته بالزنا وهو صادق فجحدته المرأة ولاعن القاضى بينهما وفرق وانقضت عدتها فهي في سعة من أن تتزوج غيره وله أن يتزوج أختها وان كانا يعلمان من زناها مالو علمه القاضى لم يفرق بينهما . واذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق أمته هذه فاجاز القاضى ذلك واعتقها وتزوجت ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمتها للمولى

لان ملك المولى فيها كان مالا متقوما وقد أبطلا ذلك بشهادتهما فاذا زعما بالرجوع أنهما أتلفاه بغير حق صدقا علي انفسهما وضمنا قيمتها للمولى ولم يسع المولى وطؤها لانها عتقت بحكم الحاكم ومن ضرورة سلامة الضمان للمولى ان لا تبقى هى علي ملكه وبدون ملك الرقبة لا يثبت له عليها ملك الحل بغير سبب . ولو أن صبيا وصبية سبيا وكبرا وعتقا وتزوج احدهما الأخرى ثم جاء حربي مسلما واقام بينة أنهما ولداه فقضى القاضي بذلك وفرق بينهما ثم رجعا عن شهادتهما لم يقبل رجوعهما ولا يسع الزوج ان يطأها وان علم أنهما شهدا بزور وكيف يطؤها وقد جعلها القاضي اخته ولم يضمن الشاهدان شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمنان له مهر مثلها وهذا بناء علي أصل نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وهو ان البضع عند خروجه من ملك الزوج لا يتقوم عندنا فلم يتلفا عليه مالا متقوما بشهادتهما وعند الشافعي رحمه الله يتقوم بمهر المثل عند خروجه من ملكه كما يتقوم عند دخوله في ملكه . ولو كانت صبية في يدي رجل يزعم انها أمته فشهد شاهدان أنه اقر أنها ابنته فقضى بذلك القاضي لم يسع المولي ان يطأها وان علم انهما شهدا زور لان القاضي حكم بانها ابنته فان رجعا ضمنا قيمتها لانهما أقرا بالرجوع انهما أتلفا عليه مالا متقوما بشهادتهما وهو ملكه في رقبتها ولو ماتت وتركت ميراثا وسعه أن يأكل ميراثها . وكذلك لو مات الأب كانت في سعة من أكل ميراثه أما في جانبها فهو واضح لانه لا علم لها بحقيقة الأمر فحالة العلوق غيب عنها وفي مثله عليها اتباع قضاء القاضي فيسعها أن تأكل ميراثه وأما في جانبه فهو مشكل لان الميراث والنسب مما ليس للقاضي فيه ولاية الانشاء وهو يعلم أنها ليست بابنته حقيقة فينبغي ان لا يسعه أن يأكل ميراثها حتى قيل تأويله أنه يأكل ميراثها بسبب الولاء لان القاضي قضى بالعتق وله فيه ولاية الانشاء فيثبت الولاء له والاصح أن يقال لما كان للقاضي ولاية الانشاء في قطع النسب باللعان فكذلك له ولاية الانشاء في القضاء بالنسب اذا صادف محله فقد صادف محله وهنا فانه ليس لها نسب معروف فلهذا يسعه أن يأكل ميراثها ولو شهدا علي مال فقضى به القاضي فقبضه أو لم يقبضه ثم رجعا ضمنا المال اذا أخذه المقضي له من المقضي عليه وقبل الأخذ لا يضمنهما المقضى عليه شيئا لان تحقق النقصان عند تسليم المال الي المقضى له فاما مابقيت يده علي ماله فلا يتحقق الخسران في حقه ولان الضمان مقدر بالمثل وهما أتلفا عليه دينا حين الزماه ذلك بشهادتهما فلو ضمنهما عينا قبل الاداء كان قد استوفى منهما عينا بمماثلة الدين ولا مماثلة بين العين والدين وفي الاعيان يثبت الملك للمقضى

له بقضاء القاضي ولكن المقضي عليه يزعم أن ذلك باطل لان الملك في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيأ ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي وكذلك هذا في العقار فان بالشهادة الباطلة يضمن العقار كالمنقول لان فيها اتلاف الملك واليد على المقضي عليه والعقار يضمن بمثل هذا السبب فان اتلاف الملك يتحقق فيها بخلاف الغصب على قول من يقول العقار لا يضمن بالغصب ولو شهد ثلاثة نفر على رجل بمال وقضي به القاضي ثم رجع أحدهم لم يضمن شيأ لان الاصل في ضمان الرجوع انه يعتبر بقاء من بقي على الشهادة لا رجوع من رجع وقد بقي على الشهادة حجة تامة فلا يضمن الراجع شيأ وهذا لان الراجع وان زعم أنه متلف بشهادته عليه فما أتلفه يستحق عليه بشهادة غيره واستحقاق ذلك عليه بالحجة يمنعه من الرجوع عليه على المتلف بالضمان كمن غصب مال انسان أو أتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه اذا لم يضمنه المستحق شيأ. ولو رجع اثنان منهم ضمنا نصف المال لانه بقي على الشهادة لم يثبت نصف المال بشهادته وانما انعدمت الحجة في النصف خاصة فيضمن الراجعان ذلك . ولو شهد رجل وامرأتان ثم رجعت امرأة فعليها ربع المال لان الثابت بشهادتها ربع المال ولانه قد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع المال فعلى الراجع ربع المال وان رجعت المرأتان فعليهما النصف وان رجع الرجل وحده فعليه نصف المال وان رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة أرباع المال على الرجل النصف وعلى المرأة الربع وان رجعوا جميعا فعلى الرجل نصف المال وعلى المرأتين النصف لان الثابت بشهادة الرجل مثل ما ثبت بشهادة المرأتين فقد قامتا في الشهادة مقام رجل واحد كما قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنتين منهن شهادة رجل. فان شهد رجل وعشر نسوة فقضي القاضي ثم رجعوا جميعا فعلى الرجل سدس المال وعلى النساء خمسة أسداس المال في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الرجل النصف وعلى النساء النصف لان النساء وان كثرن في الشهادة لا يقمن الا مقام رجل واحد (ألا ترى) أن الحجة لا تتم مالم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن نصف المال * يوضحه أن الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة ولهذا لا تتم الحجة الا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الآخر يثبت بشهادة النساء فعليهن ضمانه عند الرجوع وأبو حنيفة رحمه الله يقول كل

امرأتين فى الشهادة يقومان مقام الرجل الواحد فعشر نسوة بخمسة من الرجال وهذه المسئلة بمنزلة مالو شهد ستة من الرجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم أسداسا ودليل صحة هذا الكلام أن حكم الشهادة كحكم الميراث وفى الميراث عند كثرة البنات مع الابن يجعل كل اثنتين كابن واحد ولم يجعل حالة الاختلاط كحالة انفراد البنات فعند الانفراد لايزاد لهن على الثلثين ثم عند الاختلاط يجعل كل اثنتين كابن فكذلك في الشهادة وهذا لان النقصان على أدنى العدد فى الشهادة يمنع القضاء فاما الزيادة على النصاب معتبر فى أن القضاء يكون بشهادة الكل فبكثرة النساء عند وجود الرجل يزداد النصاب ويكون القضاء بشهادة الكل على أن كل امرأتين كرجل واحد فعند الرجوع كذلك يقضى بالضمان ولو رجع ثمان نسوة لم يكن عليهن شيء لانه قد بقى على الشهادة من يثبت الاستحقاق بشهادته وهو رجل وامرأتان فان رجعت امرأة بعد ذلك كان عليها وعلى الثمان ربع المال لان الحجة انما بقيت فى ثلاثة أرباع الحق فيجب الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه وليس البعض باولي من البعض فى وجوب ذلك عليه فلهذا ضمن التسع ربع المال عليهن بالسوية وان رجعت العاشرة فعليها وعلى التسع نصف المال أما عندهما ظاهر لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعند أبى حنيفة رحمه الله لانه بقى على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته بمنزلة مالو شهد ستة من الرجال ثم رجع خمسة ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا كان الضمان على الرجلين دون المرأة لان المرأة الواحدة لاتكون شاهدة فان المرأتين شاهد واحد فالمرأة الواحده شطر العلة فى كونها شاهدا وبشطر العلة لايثبت شيء من الحكم فكان القضاء بشهادة رجلين دون المرأة فلا يضمن عند الرجوع شيأ. ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال لان الحجة بقيت فى نصف المال فقد بقى امرأتان على الشهادة ثم هذا النصف عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على الرجل خاصة لما بينا أن عندهما نصف المال متعين فى أنه ثابت بشهادة الرجل ونصف ثابت بشهادة النساء وقد بقى من النساء على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته فعرفنا أن الحجة انعدمت فى النصف الذي هو ثابت بشهادة الرجل خاصة فيكون الضمان عليه دون المرأة وينبغى فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله أن يكون النصف أثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء هنا بشهادة الكل فكل امرأة منهن اذا ضمتها الى الأخرى كانتا شاهدا فلا يكون القضاء محالا به على شهادة البعض دون البعض

وقد بقيت الحجة في نصف الحق فيجب ضمان نصف الحق على الراجعين أثلاثا لان الثابت بشهادة الرجل ضعف ما يثبت بشهادة المرأة ولو رجعوا جميعا كان على الرجل النصف وعلى النسوة النصف في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي حنيفة رحمه الله على الرجل خمسا المال وعلى النسوة ثلاثة أخماسه كما ذكرنا في الفصل الاول. واذا شهد رجلان وامرأتان ثم رجعوا فالضمان اثلاث لان المرأتين قامتا مقام رجل واحد فكأنه شهد ثلاثة بالمال ثم رجعوا واذا شهد شاهدان بمال قضى به القاضى ثم ادعى المشهود عليه أنهما رجعا وأراد يمينهما فلا يمين عليهما في ذلك ولا تقبل عليهما به بينة لانه ادعى عليهما رجوعا باطلا لما بينا أن الرجوع فسخ للشهادة فيختص بمجلس الحكم كالشهادة فلما ان شهادتهما فى غير مجلس القاضى باطلة فكذلك رجوعهما والحدود والقصاص فى هذا كالاموال. واذا رجعا عن شهادتهما وأشهدا بالمال على أنفسهما من قبل الرجوع ثم جحدا ذلك فشهدت عليهما شهود بالمال عليهما قبل الرجوع والضمان لم يقبل ذلك لان الرجوع في غير مجلس القضاء باطل فانما أشهدا على أنفسهما بالمال بسبب باطل وذلك لا يلزمهما شيء وكذلك لو شهدوا على زنا واحصان فرجمه القاضى بذلك ثم أشهد الشهود عليهم بالرجوع لم يكن عليهم بالرجوع حد ولا ضمان لانهم بالرجوع ماصاروا قاذفين له ولكن الشهادة تنفسخ بالرجوع فيصير كلام الشاهدين قذفا عند ذلك وفسخ الشهادة بالرجوع مختص بمجلس الحكم (قال) ولو أوجبت عليهما الحد لاوجبت عليهما الضمان وقد بينا أنهم لا يضمنون بالرجوع فى غير مجلس الحكم فلا يحدون أيضا واذا لم يقض القاضي بشهادة شاهدين حتى رجعا عنها لم يقض بها لان القضاء يستدعى قيام الحجة عنده ولم تبق الحجة حين رجعا ولان شهادتهما تتأكد بالقضاء فبالرجوع قبل التأكد يبطل بحيث لا يبقى له أثر ولا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا شيئا على أحد أما المشهود عليه فقد بقي المال على ملكه وأما المشهود له فلم يثبت له استحقاق قبل القضاء. ولو اشترى رجل دارا بألف درهم وهى قيمتها ونقده الثمن فشهد شاهدان أن هذا الرجل شفيعها وان هذه الدار التى هى فى يديه ملزقة بداره فقضى القاضى له بالشفعة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما أتلفا على المشترى ملكه فيها بعوض يعدله وهو الثمن الذى أخذه من الشفيع فان كان المشترى قد بنى فيها بناء فأمره القاضى بنقضه ضمن الشاهدان له قيمة بنائه لانه كان مستحقا لقرار البناء بملكه الدار وقد شهد أن الشفيع أحق بملكها منه فكانا متلفين للبناء عليه فيضمنان له قيمة البناء مبنيا ويكون النقض لهما بالضمان بمنزلة مالم

هدماه بايديهما واذا رجع الشاهدان عن شهادة شهدا بها عند غير القاضي الذي شهدا عنده فانه يقضي عليهما بالضمان لان شرط صحة الرجوع مجلس القاضي لا مجلس ذلك القاضي الذي شهدا عنده فرجوعهما في مجلس القاضي الآخر كرجوعهم في مجلس القاضي الذي شهدا عنده أرأيت لو مات الاول أو عزل فرجع في مجلس القاضي الذي قام مقامه أليس يقضي عليهما بالضمان فكذلك اذا رجعا في مجلس القاضي الآخر فان قضى بذلك عليهما فلم يؤديا حتى تخاصما الى القاضي الذي شهدا عنده أول مرة وجحدا الرجوع فقامت عليهما البينة بالرجوع وبقضاء القاضي عليهما بالضمان فانه ينفذ ذلك عليهما ويضمنها المال لان المدعى أثبت المال عليهما بالحجة بسبب صحيح فيضمنهما المال به . وكذلك لو رجعا عند القاضي الذي شهدا عنده فيضمنهما ذلك ثم اختصموا الى غيره وكذلك لو شهد عليهما شاهدان باقرارهما انهما رجعا عند قاض من القضاة وانه ضمنهما ذلك فالثابت من اقرارهما بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو سمع القاضي اقرارهما بذلك ضمنها المال فكذلك اذا اثبت المدعى ذلك بالحجة ولو رجع عند غير قاض وضمنهما المال وكتبابه على أنفسهما صكا وأديا المال الى الوجه الذي هو له منه ثم جحدا ذلك عند القاضي لم يقض بذلك عليهما لانهما كتبا على أنفسهما الصك بمال بسبب باطل وهو رجوعهما عند غير القاضي وكذلك لو أقر بذلك ضمنهما المال فكذلك اذا أثبت المدعي ذلك بالحجة ولو رجعا عند غير قاض وضمنهما المال على الوجه الذي هو له منه ثم جحدا ذلك عند القاضي لم يقض بذلك عليهما لانهما كتبا على أنفسهما الصك بسبب باطل وهو رجوعهما عند غير القاضي وكذلك لو أقر بذلك عند صاحب الشرط أو عامل كورة ليس القضاء اليه لان الرجوع معتبر بالشهادة فكما أن الشهادة عند هؤلاء كالشهادة عند غيرهم من الرعايا فكذلك الرجوع . واذا شهدا على رجل انه باع عبده هذا من فلان بألف درهم والبائع يجحد والمشترى يدعى ثم رجعا عن الشهادة فان كانت قيمة العبد الف درهم أو أقل فلا ضمان على الشاهدين لانهما أدخلا في ملك البائع مايعدل ما أخرجاه عن ملكه أو يزيد عليه وهو الثمن الذي استوفاه من المشترى وان كانت قيمة العبد أكثر من ألف ضمنا الفضل لانهما أتلفا الفضل عليه بغير عوض يعدل له والبعض معتبر بالكل وكذلك كل بيع أو صرف شهدا به وان اخر المقضى عليه الضمان عنهما جاز لان هذا تأجيل دين واجب في الذمة وهو وسائر الديون سواء ثم اذا أجل رب الدين للمدين صح هذا التأجيل فكذا هنا ولان الواجب عليهما

ليس ببدل الصرف وانما هو بدل الغصب أو مال مستهلك وقد تقدم بيان صحة التأجيل به وإذا كان لرجل علي رجل دين فشهد شاهدان أنه وهبه أو تصدق به عليه أو أبرأه منه أو حلله أو أوفاه ثم رجع ضمنا المال لانهما أتلفا عليه المال بشهادتهما فان (قيل) قد أتلفا عليه الدين فكيف يضمنان له العين (قلنا) قد أتلفا عليه دينا يتعين بالقبض فيضمنان له مثل ذلك دينا في ذمتهما يتعين بالقبض منهما. وان شهدا أنه أجله سنة فقضى بذلك ثم رجع قبل الحل أو بعده ضمنا المال للطالب لانهما فوتا عليه حق القبض بالشهادة بالتأجيل الى انقضاء الاجل وذلك موجب للضمان عليهما وهذا لان التأجيل في الحكم كالابراء (ألا ترى) أن المريض اذا أجل في دين له يعتبر خروجه من الثلث كما لو أبرأ ثم هذا يتضح في رجوعهما قبل حل الاجل وكذلك لو رجعا بعد حل الاجل لان الضمان عليهما عند الرجوع بالشهادة لا بالرجوع فالاتلاف بالشهادة يحصل واذا صار ضامنين بها لا يسقط الضمان عنهما بحلول الاجل كالوكيل بالبيع بثمن حال اذا باع بثمن حال ثم أجل عن المشترى كان ضامنا للموكل قبل حلول الاجل وبعده لهذا المعنى ولان الضامن كان ضامنا للموكل قبل حلول الاجل وبعده ولان الضمان انما وجب عليهما بسبب الاتلاف لما بينا أنهما بشهادتهما فوتا عليه حق القبض وبحلول الاجل لم يتبين أن ذلك لم يكن اتلافا فلهذا كان له حق الرجوع عليهما وكان الخيار له ان شاء أخذ المطلوب وان شاء أخذ الشاهد فاذا أخذ الشاهد كان لهما حق الرجوع به على المطلوب الى أجله لانهما ملكا ذلك المال بالضمان في ذمة المطلوب ولان الطالب حين ضمنهما فقد أقامهما مقام نفسه في الرجوع على المطلوب فان نوى على المطلوب برئ من الشاهدين لانهما قاما في ذلك مقام الطالب لو اختار الرجوع على المطلوب ولا يكون لهما حق الرجوع على الطالب لانهما قاما مقامه ثم اذا أدي للطالب لا يكون له حق الرجوع على احد فكذلك للذي قام مقامه بخلاف الحوالة فانه اذا نوى المال على المحتال عليه يرجع به على المحيل لان تحول الحق الى ذمة المحتال عليه كان بشرط سلامة المال للطالب من المحتال عليه فاذا لم يسلم عاد الى ذمة المحيل وهنا أصل المال صار للشاهدين بالضمان مطلقا فان خرجا كانا لهما وان نوى كانا عليهما لانهما قاما في ذلك مقام الطالب. ولو شهدا على رجل انه وهب عبده لهذا الرجل وقبضه وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما أتلفا ملكه بغير عوض ولا رجوع للمولى في الهبة اذا أخذ القيمة اما لان القيمة عوض له من هبته أو لانه يزعم انه ملك العبد من الشاهدين بما أخذ

منهما من الضمان فلا سبيل له على الموهوب له ولا للشاهدين لان رجوعهما فيما يرجع الى ابطال قضاء القاضي باطل والقاضي بقضائه جعل العبد هبة للموهوب له من جهة المقضي عليه لا من جهة الشاهدين وليس لغير الواهب حق الرجوع في الهبة ولو لم يضمن المقضي عليه للشاهدين فله الرجوع في العبد بقضاء القاضي لانه هو الواهب للعبد بحكم القاضي وللواهب ان يرجع في الهبة مالم يصل اليه العوض فان (قيل) فاذا ضمن الشاهدان القيمة ينبغي أن يكون لهما حق الرجوع في الهبة باعتبار أنهما قاما مقام الواهب في ذلك كما في مسئلة الدين (قلنا) الدين في الذمة مال وهو يحتمل التمليك بعوض ولهذا جاز الاستبدال بالدين مع من عليه الدين فيمكن ان يجعل مملكا ولك من الشاهدين بما استوفي منهما فاما في حق الرجوع في الهبة ليس بمال محتمل للاعتياض فيه فلا يكون مملكا ذلك من الشهود بالرجوع عليهما بالضمان ولا يمكن اثبات حق الرجوع لهما باعتبار أنهما يقومان مقامه لانه بعد ماوصل اليه العوض لا يكون له حق الرجوع في الهبة فلا يكون ذلك لمن قام مقامه أيضا ولو شهدا على عبد في يد رجل انه لهذا الرجل فقضى له به وهو أبيض العين ثم ذهب البياض عنه وازداد خيرا أو مات عند المقضي له ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمته يوم قضى به ولا يلتفت الى ما كان فيه بعد ذلك من زيادة أو نقصان لان وجوب الضمان عليهما بالاتلاف بسبب الشهادة فني القضاء بالضمان يعتبر القيمة وقت الشهادة كما في المغصوب والمستهلك والقول قولهما في القيمة لان الضمان يجب عليهما فالقول في مقداره قولهما ولو شهدا على رجل انه وكل هذا الرجل بقبض دينه الذي على فلان وفلان مقر بالدين فقضى القاضي به للوكيل وقبضه واستهلكه ثم قدم صاحب الدين فانكر الوكالة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا المال بشهادتهما انما بصناعته ثانيا بقبض المال فيحفظ له والوكيل ضامن لما استهلكه من ذلك لان المال بقضاء القاضي حصل في يده أمانة للموكل وقد تعدى بالاستهلاك وكذلك هذا في قبض كل وديعة وغلة وميراث وغير ذلك. ولو شهد رجل وامرأتان على ألف درهم ورجل وامرأتان عليهما وعلى مائة دينار فقضى القاضي بذلك ثم رجع رجل وامرأتان عن شهادتهم على الدراهم دون الدنانير لم يضمنوا شيئا لانه قد بقي على الدراهم من تم الحجة بشهادته ورجوع هؤلاء في حق الدراهم لا يكون رجوعا منهم عن الشهادة في الدنانير فلهذا لا يضمنون شرعا ولو رجعوا جميعا عن الدراهم والدنانير فضمان الدنانير على الذين شهدوا بها خاصة وضمان الدراهم جميعا عند أبي حنيفة ارباع على كل امرأتين ربع

وعلى كل رجل ربع وعندهما ثلاث على كل رجل الثلث وعلى النسوة الثلث وان كان رجوع الشهود عن الشهادة في مرض الموت فذلك منهما بمنزلة الاقرار بالدين على أنفسهما في مرضهما فيبدآن بدين الصحة واذا شهد شاهدان على رجل أنه باع عبده هذا بالف درهم وهو يساوى ألفين على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضي بذلك ثم مضت الثلاثة فوجب البيع ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا فضل ما بين القيمة والثمن لانهما أتلفاه بشهادتهما بغير عوض (فان قيل) لا كذلك فالبيع بشرط خيار البائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع فى المدة فاذا لم يفعل كان راضيا بهذا البيع فينبغى ان لا يضمن الشاهدان شيئا (قلنا) زوال الملك وان كان يتأخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا استحق المشترى المبيع بزوائده فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهم والبائع كان منكرا لاصل البيع فمع انكاره لا يمكن أن يتصرف بحكم الخيار لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع ويتبين للناس كذبه والعاقل يتحرز عن ذلك بجهده فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في اسقاط الضمان عن الشهود ولو أوجب البيع في الثلاثة لم يضمن له الشاهدان شيئا لانه صار مقرا بالبيع مزيلا ملكه باختياره فلا يكون الشاهد متلفا عليه بشهادته. وكذلك لو كان شرط الخيار للمشترى وهو منكر للشراء وفى قيمة العبد نقصان عن الثمن فان سكت المشترى حتى مضت المدة ضمن المشهود له النقصان عند الرجوع وان اختار البيع قبل الثلاثة لم يضمنا له شيئا لما بينا فى جانب البيع ولو شهدا برهن عبده والراهن مقر بالدين جاحد للرهن فقضي القاضى بالعبد رهنا ثم رجعا فان لم يكن فى قيمة العبد فضل على الدين فلا ضمان عليهما لانهما شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن ولو شهد على المطلوب بحقيقة ايفاء الدين بمال فى يده هو مثل الدين لم يضمنا عند الرجوع. فكذلك اذا شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن فى ماله وان كان في قيمته فضل على الدين لم يضمنا أيضا ما دام العبد حيا لانه باق على ملك المطلوب وهو متمكن من أخذه بقضاء الدين وهو مقر بالدين فاذا مات عند المرتهن ضمنا ذلك الفضل لانهما أتلفا الفضل عليه بغير عوض حين أثبتا حق الحبس فيه للمرتهن ولم يسقط شئ من الدين عنه باعتباره ولو كان الراهن هو الذي ادعى الرهن وجحد المرتهن ذلك فقضى القاضي بشهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما ما أتلفا على المرتهن شيئا فان حقه فى المطالبة بالدين بعد الرهن كما كان من قبل وهو متمكن من رد الرهن لان

عقد الرهن لا يتعلق به اللزوم فى جانب المرتهن (فان قيل) فلماذا تقبل البينة عليه بذلك
وهي لا تلزم شيئا (قلنا) اثبات السبب بالبينة صحيح وان كان لا يتعلق به اللزوم فى الحال
كما فى البيع بشرط الخيار للبائع أو للمشترى الا ان يكونا شهدا عليه برهن هالك فى يده
فحينئذ هذا بمنزلة شهادتهما عليه باستيفاء الدين لان الاستيفاء يتم بهلاك الرهن فيكونان
متلفين للمال عليه فيضمنان له ذلك عند الرجوع واذا عمل المضارب بالمال وربح فادعي انه
أخذه مضاربة بالنصف وشهد له شاهدان ورب المال يقول بالثلث واخذ المضارب نصف
الربح ورد الباقي ثم رجع الشاهدان ضمنا السدس الذي شهدا به لان القول قول رب المال
لولا شهادتهما فما زاد على الثلث الى اتمام النصف انما استحقه المضارب على رب المال بشهادتهما
وقد أقرا بالرجوع أنهما أتلفا ذلك عليه بغير حق ولو كان الربح كله دينا لم يضمنا شيئا حتى
يقبض فما قبض منه اقتسماه نصفين ويضمن الشاهدان سدسه لرب المال لان وجوب الضمان
عليهما بتفويت اليد علي نفس المال ولا يتحقق ذلك ما لم يخرج الدين وتصل الى المضارب
حصته فعند ذلك يتم التفويت عليه بسبب شهادتهما ولو شهدا انه أعطاه الثلث فلا ضمان
عليهما في هذا الوجه اذا رجعا لان القول قول رب المال بغير شهود فلم يتلفا على المضارب
شيئا بشهادتهما اذ الاستحقاق لم يثبت له بمجرد دعواه النصف بخلاف الاول فرب المال
هنالك مستحق للربح باعتبار انه ماله فهما اتلفا عليه بشهادتهما ما كان مستحقا له فيضمنان اذا رجعا
ولو نوى رأس المال فى الوجهين لم يضمنا شيأ لانهما ما شهدا فى رأس المال بشئ انما شهادتهما
فى الربح ولم يظهر الربح ولو شهدا أنهما اشتركا ورأس مال كل واحد منهما الف درهم على أن
الربح بينهما أثلاثا وصاحب الثلث يدعى النصف وقد ربحا قبل الشهادة فقسمه القاضى بينهما
أثلاثا ثم رجعا ضمنا لصاحب الثلث ما بين الثلث والنصف في كل ربح كان قبل الشهادة لان كل
واحد منهما مستحق لنصف الربح عند تساويهما فى رأس المال والقول قول مدعى النصف
لولا شهادتهما فما زاد على الثلث الى النصف أتلفاه بشهادتهما على من أخذ الثلث بغير حق وما
ربحا فيما اشتريا بعد الشهادة فلا ضمان عليهما فيه لان كل واحد منهما متمكن من فسخ الشركة
بغير رضا صاحبه فاقدامهما على التصرف بعد قضاء القاضى بان الربح أثلاث يكون رضا منهما
بذلك ورضا المتلف عليه يمنع وجوب الضمان على المتلف بطريق المباشرة فبالشهادة أولى ولو كان
في يدى رجل مال فشهد شاهدان لرجل أنه شريكه شركة مفاوضة فقضى القاضى له بنصف

مافي يده ثم رجعا ضمنا ذلك النصف للمشهود عليه لان القول قول المنكر للشركة وهو ذواليد لولا شهادتهما فانما صار نصف مافي يده مستحقا عليه بشهادتهما وقد أقر أنهما أتلفاه بغير حق ولو شهدا على رجل بوديعة فجحدها أو عارية أو بضاعة فضمنه القاضي ذلك رجعا ضمنا له ماغرم من ذلك لانهما شهدا عليه بدين فالوديعة المجحودة دين على المودع وقد أقرا بالرجوع أنهما الزماه بغير حق فيضمنان له مااستوفى منه بذلك السبب .ولو ركب رجل بعير رجل الى مكة فعطب فقال رب البعير غصبني وقال الراكب استأجرته منك بكذا وأقام عليه شاهدين فابرأه القاضي من الضمان وأنفذ عليه ما وجب من الاجر ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمة البعير الا مقدار ماأخذ صاحبه من الاجر لان ركوب بعير الغير موجب للضمان على الراكب لولا شهادتهما لكان ضمان القيمة دينا على الراكب بما ظهر منه فهما بشهادتهما أثبتا له سبب البراءة وقد أقر عند الرجوع أنهما أتلفا ذلك على رب البعير فكانا ضامنين له الا أنهما عوضاه مقدار ماشهدا له من الاجر فيطرح عليهما ذلك ولان صاحب البعير مقر أن الراكب غاصب لاأجر له عليه وأن ما استوفى منه استوفاه بحساب ضمان القيمة وزعمه معتبر في حقه فلا يرجع علي الشاهدين الا بالفضل ولو كان البعير أول يوم ركبه يساوى مائتى درهم وآخر يوم عطب فيه يساوى ثلثمائة درهم لزيادة في بدنه والاجر خمسون فانهما يضمنان مائتين وخمسين درهما بحساب يوم عطب . من أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في قولهما فأما عند أبي حنيفة رحمه الله انما يضمنان بحساب قيمته يوم ركب وقالوا هذا نظير الجارية المغصوبة اذا ازدادت في بدنها ثم باعها الغاصب وسلمها اليه فانه كما لم يذكر الخلاف هنا لم يذكر هناك وانما ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في تلك المسئلة في النوادر وحكم هذه وحكم تلك سواء والاصح ان هذا قولهم جميعا وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بينهما فيقول ضمان البيع والتسليم ضمان غصب ولهذا لا يضمن به الا ما يضمن بالغصب والغصب بعد الغصب في الاصل لا يتحقق من واحد والزيادة المتصلة لا تفرد عن الاصل فاما ضمان الركوب اذا عطبت الدابة ضمان اتلاف (ألا ترى) ان الحر يضمن به والاتلاف الحقيقي بعد الغصب يتحقق في الاصل مع الزيادة فكان الراكب ضامنا قيمتها حين عطبت لولا شهادتهما فيضمنان عند الرجوع قيمتها باعتبار تلك الحال. رجل له على رجل الف درهم وهو مقر بها وفي يد الطالب ثوب يساوى مائة درهم يدعى أنه له فاقام المطلوب شاهدين أنه رهنه اياه بالمال وقضي به ثم هلك الثوب فذهب بمائة

درهم ثم رجعا ضمنا مائة درهم للطالب لان القول قوله في الثوب انه ملكه باعتبار يده فهما أتلفا عليه ملك الثوب بشهادتهما انه للمطلوب فيضمنان له عند الرجوع (فان قيل) كيف يضمنان ولم يخرج الثوب من يده حتى هلك (قلنا) عين الرهن أمانة فى يد المرتهن فيده فى ذلك كيد الراهن ثم أثبتا بشهادتهما يد الاستيفاء للمرتهن فى مقدار المائة وقد تم ذلك بهلاك الرهن فكأنهما شهدا عليه انه استوفاه مائة ثم رجعا ولو كان ذو اليد مقرا بالثوب للراهن غير أنه يقول هو عندى وديعة وقال الراهن بل هو رهن عندك وأقام شاهدين عليه فقضى به ثم هلك ثم رجعا فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا على ذى اليد عين الثوب لانه لا يدعى ملكه لنفسه وقد كان متمكنا من رده على الراهن بعد قضاء القاضى فالرهن لا يكون لازما فى جانب المرتهن فيجعل امساكه الثوب بعد قضاء القاضى بانه رهن عنده رضا منه بما شهدا عليه فلا يضمنان له عند الرجوع شيئا بخلاف الاول فقد أتلفا عليه ملكه فى الثوب هناك ولو شهد شاهدان على رجل أنه أسلم عشرة دراهم في كر حنطة الى رجل يجحد ذلك ولم يعترفا فقضى القاضى به وأمر بدفع العشرة اليه وأوجب الكر عليه ثم رجعا فلا ضمان عليهما حتى يقبض الكر لانهما الزما المسلم اليه الكر دينا فلو ضمنا له يضمنان العين والعين فوق الدين فى المالية وضمان الاتلاف يتقدر بالمثل فاذا قبضه منهما فهما ضامنان لطعام مثله الا عشرة دراهم ينقص من ذلك الكر لان مقدار العشرة حصل الاتلاف فيه بعوض فلا يجب ضمانه عليهما عند الرجوع وما زاد على ذلك أتلفاه بغير عوض فان كان رأس المال مثل الكر لم يضمنا شيئا لانهما عوضاه مثل ما أتلفا عليه والاتلاف بعوض يعدل المتلف ولا يوجب الضمان على المتلف. ولو شهدا على رجل أنه أكرى شق محمل الى مكة بمائة درهم فقضى له القاضى وحمله وقبض الاجر ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما اذا كان المستأجر هو المدعى وان كان الاجر ضعف ذلك لانهما أتلفا المنفعة على رب الابل والمنفعة ليست بمال يضمن بالاستهلاك عندنا ولو أتلفاه مباشرة بان ركبا لم يضمنا فاذا أتلفاه بشهادتهما أولى وان كان ادعاه صاحب الابل وجحده المستأجر ضمنا له مما أدى ما زاد على أجر مثل البعير لانهما أتلفا عليه ما التزماه بشهادتهما من الاجر وعوضاه من ذلك منفعة البعير والمنافع تتقوم بالعقد وتأخذ حكم المالية ولهذا لا يثبت الحيوان دينا فى الذمة بمقابلته فلا يضمنان مقدار ما أتلفاه بعوض ويضمنان ما سوى ذلك لانه لولا شهادتهما لكان القول قول الراكب ولم يضمن شيأ فانما ألزمه الاجر بشهادتهما ولو أقر عند الرجوع

أنهما أتلفا ذلك بغير حق فيضمنان له مالا يقابله من ذلك عوض يعدله. ولو ادعى رجل على رجل الف درهم وأقام بما عليه شاهدين وأقام المشهود عليه بالالف شاهدين انه أبرأه منها أو شهدوا أنه أبرأه من كل قليل وكثير يدعى ذلك فعدلوا واجتمعت البينتان عند القاضي فانه لا ينبغي له أن لا يسمع من الشهود الذين شهدوا على المال لان هنا من يشهد على البراءة والبراءة مسقطة مفرغة للذمة فكيف يقضي باشغال الذمة بالمال وقد ظهر عنده مايفرغ الذمة ثم الابراء فى معنى الناسخ بحكم وجوب الدين والقضاء بالمنسوخ بعد ظهور الناسخ لا يجوز فان أخذ بشهادة شهود البراءة فقضى بها ثم رجعوا فان القاضي يكلف المشهود له بالالف بالبينة المثبتة ولا يلتفت الى مامضى لانه لم يقض بشهادتهم على أصل المال والشهادة التى لم يتصل القضاء بها لا تكون موجبة شيأ فلا بد من اعادتهم اذا أراد تضمين شهود البراءة لانهم يضمنون باتلافهم عليه ما كان مستحقاله وانما يثبت هذا الاستحقاق باعادة البينة وان أعادهم فخصمهم فى ذلك شهود البراءة الذين رجعوا لانه يدعي عليهم الضمان فهم خصماؤه فى ذلك ولا تمكن من أن يلزم المدين شيأ بهذه الشهادة لان رجوع شهود البراءة بعد قضاء القاضي بشهادتهم لا يكون معتبرا في حقه فلهذا لا تقوم شهود البراءة مقام المدين فى اعادة هذه البينة عليهم فان شهد الشهود على الالف أنها على المدعى عليه فى الاصل فقضي بها على شهود البراءة لانه يتحقق اتلافهم ذلك المال على الطالب بشهادتهم عليه بالبراءة فيضمنان له ولا يرجعان بها على المشهود له بالبراءة لانهما يضمنان عند الرجوع ورجوعهما ليس بحجة فى حق المشهود له بالبراءة وقال وانما يأمر القاضي مدعى المال باعادة شهوده بعد رجوع شاهدى البراءة بمحضر منهما لان المال انما وجب عليهما ساعة رجعا وهو مال حادث وجب عليهما فلا يجبرا بشهادة الشهود الذين شهدوا به قبل وجوب المال عليهما لانهما كانهما غصبا المال ساعة يقضى القاضي له ورجعا والله أعلم

﴿ تم الجزء السادس عشر ويليه السابع عشر ﴾

﴿ أوله باب الرجوع عن الشهادة فى الطلاق والنكاح ﴾

﴿ فهرست الجزء السادس عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ تمت الفهرست ﴾



